PIERO CALAMANDREI

OPERE GIURIDICHE

V

LA CHIAMATA IN GARANTIA E ALTRI STUDI SUL PROCESSO DI COGNIZIONE E SULLE PROVE

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

5

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume V

La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove

Presentazione di Tito Carnacini

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma

RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-49-4

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ... [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

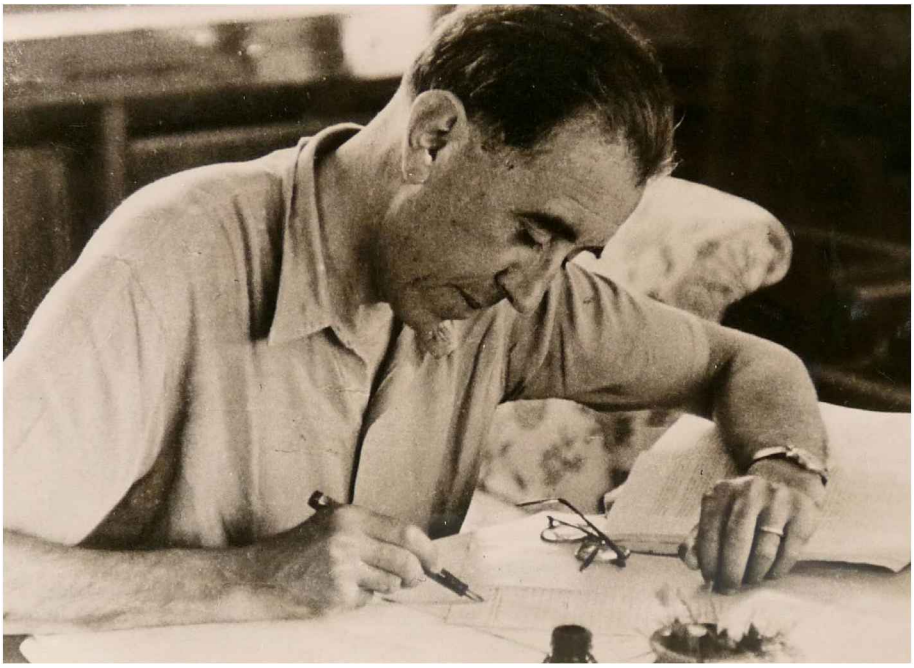
della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza.*
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

CONTENUTI DEI 10 VOLUMI

VOLUME I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

VOLUME II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di COSTANTINO MORTATI.

VOLUME IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di ENRICO TULLIO LIEBMAN.

VOLUME V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di TITO CARNACINI.

VOLUME VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di VIRGILIO ANDRIOLI.

VOLUME VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di GIOVANNI PUGLIESE.

VOLUME IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di VITTORIO DENTI.

VOLUME X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di PAOLO BARILE.

INDICE
DEL QUINTO VOLUME

Presentazione (Tito Carnacini) » V

SEZIONE V

LA CHIAMATA IN GARANTIA E ALTRI STUDI SUL PROCESSO DI COGNIZIONE E SULLE PROVE

I. LA CHIAMATA IN GARANTIA » 3

INTRODUZIONE: *Natura sostanziale dell'azione di garantia* » 9

SEZIONE PRIMA: Appunti di storia e di legislazione comparata sull'azione di garantia » 29

CAPITOLO I: *Svolgimento storico dell'azione di garantia.* » 29

A) Diritto romano, p. 30. — § 1. *Denunciatio litis* nel processo di rivendicazione, p. 31. — § 2. *Denunciatio litis* del fideiussore al debitore principale, p. 38. — § 3. Natura della *denunciatio litis* nel diritto romano, p. 39. — B) Antichi diritti germanici, p. 40. — § 1. Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione mobiliare, p. 40. — § 2. Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione immobiliare, p. 44. — § 3. Natura del procedimento con cui si esercitava questo diritto, p. 46. — C) Diritto francese, p. 47. — D) Diritto comune, p. 52.

CAPITOLO II: *L'azione di garantia nei Codici moderni.* » 61

A) Leggi processuali a tipo francese che accolgono la chiamata in garantia, p. 62. — B) Leggi processuali a tipo tedesco che non accolgono la chiamata in garantia, p. 69. — § 1. Austria-Ungheria, p. 69. — § 2. Germania, p. 74. — § 3. Svizzera, p. 76. — C) Legislazione italiana, p. 77. — § 1. Codici precedenti al vigente, p. 77. — § 2. Legislazione vigente, p. 80.

SEZIONE SECONDA: La chiamata in garantia nel diritto processuale italiano » 85

CAPITOLO III: *Caratteri generali della chiamata in garantia* » 85

§ 1. Costituzione processuale della chiamata in garantia, p. 85. — § 2. Modalità d'esercizio, p. 95. — § 3. La chiamata in garantia di fronte agli istituti processuali affini, p. 100.

SEZIONE TERZA: Azione di garantia e competenza » 107

CAPITOLO IV: *Principî fondamentali sulla competenza in tema di garantia* » 107

§ 1. Natura della relazione che passa fra l'azione di molestia e l'azione di garantia, p. 108. — § 2. Effetti di questa relazione sulla competenza, p. 117. — § 3. Inapplicabilità dei principi esposti alla garantia impropria, p. 123.

CAPITOLO V: *L'azione di garantia di fronte alla competenza relativa* » 127

§ 1. Limiti nel tempo e nello spazio della regola posta dall'art. 100 Cod. proc. civ., p. 127. — § 2. In quali casi il garante possa sottrarsi alla regola dell'art. 100 Cod. proc. civ., p. 141.

CAPITOLO VI: *L'azione di garantia di fronte alla competenza assoluta* » 155

§ 1. Principi generali, p. 156. — § 2. Incompetenza per materia, p. 158. — § 3. Incompetenza per valore, p. 164 — § 4. Incompetenza per grado, p. 171.

SEZIONE QUARTA: Sul procedimento della chiamata in garantia » 185

A) Procedimento di cognizione » 185

CAPITOLO VII: *Proposizione della chiamata in garantia* » 185

§ 1. Termine per proporre la chiamata in garantia, p. 189. — § 2. Modo di proporre la chiamata in garantia, p. 207. — § 3. Effetti della proposizione della chiamata in garantia, p. 212.

CAPITOLO VIII: *Questioni preliminari* » 221

§ 1. Effetti della mancata comparizione del garante, p. 222. — § 2. Questioni incidentali, p. 227. — § 3. Unione delle due cause, p. 244.

CAPITOLO IX: *Giudizio di merito* » 249

§ 1. Analisi della costituzione processuale di questo giudizio, p. 250. — § 2. Regole speciali della garantia formale, p. 271. — § 3. Riassunto delle figure processuali esaminate, p. 291.

B) Sentenza e procedimento di esecuzione » 293

Capitolo X: *Esecuzione della sentenza ed onere delle spese* » 293

§ 1. Regole comuni alle due specie di garantia, p. 294. —§ 2. Regole speciali alla garantia formale, p. 298.

Sezione Quinta: L'azione di garantia in relazione ai mezzi ordinarî per impugnare le sentenze » 317

Capitolo XI: *L'azione di garantia in relazione ai mezzi ordinarî per impugnare le sentenze* » 355

A) Opposizione del contumace, p. 318. — B) Appellazione, p. 320. — § 1. Facoltà d'appello delle tre parti in causa separatamente considerate, p. 321. — § 2. Facoltà d'appello delle tre parti in causa considerate nei reciproci rapporti, p. 334. — § 3. Disposizioni del disegno di revisione belga, p. 350.

Capitolo XII: *L'azione di garantia in relazione ai mezzi straordinarî per impugnare le sentenze* » 355

A) Opposizione del terzo, p. 355. — B) Ricorso per cassazione, p. 358.

Indice delle Fonti » 363

Indice alfabetico-analitico » 371

II. CHIAMATA IN GARANTIA E GIUDIZIO ARBITRALE » 381

III. SULLA EFFICACIA DI FRONTE AL GARANTE DELLA SENTENZA CHE RESPINGE UNA ECCEZIONE DI MERITO OPPOSTA CONTRO L'ATTORE PRINCIPALE DEL GARANTITO E CONTEMPORANEAMENTE ASSEGNA A QUESTO UN TERMINE PER CHIAMARE IN CAUSA LO STESSO GARANTE » 389

IV. PROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA DI GARANTIA PRIMA DELLA MOLESTIA GIUDIZIARIA CONTRO IL GARANTITO » 401

V. RECENSIONE: V. DEMONTÈS, *L'ACTION «AD EXHIBENDUM» EN DROIT MODERNE. ESSAI SUR LE DROIT À LA PREUVE* » 415

VI. SULLA NULLITÀ DELL'ATTO DI CITAZIONE, QUANDO LA COPIA NOTIFICATA DAL COMMESSO NON SIA VISTATA E SOTTOSCRITTA DALL'UFFICIALE GIUDIZIARIO » 419

VII. PER LA DEFINIZIONE DEL FATTO NOTORIO » 425

SOMMARIO: 1. La definizione dei fatti notorî nell'art. 297 del progetto Carnelutti. — 2. In che senso si parla di « notorietà » nel nostro diritto positivo. — 3. Necessità di trarre il problema fuor del campo della terminologia. — 4. Critica di alcune definizioni tautologiche: la definizione deve essere cercata nelle ragioni su cui si basa il divieto posto al giudice di utilizzare in giudizio la sua scienza privata. — 5. Ragioni di tale divieto: incompatibilità psicologica tra ufficio del giudice e ufficio del testimone. — 6. Tale incompatibilità psicologica si verifica per i fatti notorî? Esame del problema in relazione a due esempi pratici di pretesa notorietà. — 7. Netta distinzione posta da Stein tra massime di esperienza e fatti notorî: opportunità di non perder di vista i loro caratteri comuni. — 8. Appartenenza delle massime di esperienza e dei fatti notorî alla « cultura »: carattere comune che ne giustifica la utilizzazione da parte del giudice senza bisogno di prova. — 9. Definizione del fatto notorio in base a tale carattere. — 10. Alcune conseguenze di questa definizione sulla posizione dei fatti notorî nel processo. — 11. Riprova tratta dalle decisioni giurisprudenziali.

VIII. QUESTIONI IN TEMA DI NOTIFICAZIONE ESEGUITA DA COMMESSO » 453

IX. SE LA SEZIONE ADITA SENZA PREVIA DESIGNAZIONE PRESIDENZIALE POSSA D'UFFICIO DECLINARE LA COGNIZIONE DELLA CAUSA » 457

X. CONNESSIONE ED ACCESSORIETÀ » 461

XI. IN TEMA DI: A) COMPETENZA PER VALORE; B) NOTIFICAZIONE AL CONTUMACE DELL'ORDINANZA CHE FISSA IL GIORNO PER L'INTERROGATORIO; C) CERTIFICATI MEDICI COME MEZZI DI PROVA » 465

XII. NULLITA' DELL'ATTO DI CITAZIONE PER ILLEGGIBILITÀ DELLA FIRMA DELL'UFFICIALE GIUDIZIARIO » 469

XIII. CONSEGUENZE DELLA MANCATA ESIBIZIONE DI DOCUMENTI IN GIUDIZIO » 473

XIV. LA CONDANNA » 483

SOMMARIO: 1. La sentenza di condanna come ordine di prestazione e come ordine di esecuzione; critica. — 2. La teoria del Carnelutti: la condanna come accertamento dell'atto illecito; critica. — 3. La teoria del Liebman: la condanna come applicazione della sanzione; critica. — 4. La condanna come sentenza costitutiva della soggezione alla coazione. — 5. Conclusioni.

XV. PROVA TESTIMONIALE DELLA AUTENTICITÀ DI UNA SCRITTURA SMARRITA » 495

XVI. LA CONDANNA « GENERICA » AI DANNI » 503

SOMMARIO: 1. Separazione consuetudinaria del giudizio di danni in due fasi; sue ragioni pratiche. — 2. Suo svolgimento nella giurisprudenza. — 3. Giurisprudenza della Suprema Corte: la condanna « generica » ai danni. — 4. La distinzione delle due fasi, come separazione di decisioni su questioni diverse. — 5. Inseparabilità logica del giudizio sulla esistenza da quello sulla quantità del danno. — 6. Distinzione tra danno generico e danno specifico nella giurisprudenza: principî stabiliti in tema di giudicato e di prova. — 7. Indagine di verosimiglianza e indagine di verità sulla stessa questione. — 8. La cosiddetta condanna « generica » è una sentenza di mero accertamento. — 9. Critica alla opinione del Vassalli, che la classifica tra le condanne condizionali. — 10. Casi di cognizione di verosimiglianza a scopo cautelare. — 11. Scopo cautelare della condanna generica ai danni. — 12. Applicazioni.

XVII. RETROATTIVITÀ DELLA SENTENZA E IPOTECA GIUDIZIALE » 531

XVIII. COMPETENZA DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA IN TEMA DI IMMOBILI PER DESTINAZIONE ARTISTICA » 547

XIX. LA SENTENZA CIVILE COME MEZZO DI PROVA » 559

SOMMARIO: 1. Posizione del problema: efficacia probatoria dei giudizi di fatto enunciati nelle premesse di una sentenza. — 2. La sentenza come documento. — 3. La sentenza come « prova scritta » nel procedimento ingiunzionale; valore probatorio della sentenza straniera non delibata? — 4. La sentenza come documento degli atti processuali. — 5. Cosiddetta efficacia « probatoria » della sentenza, come efficacia riflessa del giudicato. — 6. Soluzione affermativa data dalla giurisprudenza al problema posto al n. 1: casistica. — 7. Argomento a favore di questa soluzione. — 8. Critica: la soluzione non deriva dai principî del

giudicato. — 9. La soluzione sotto il profilo probatorio: *a*) carattere relativo dei giudizi di fatto contenuti nella sentenza civile. — 10. *b*) L'efficacia probatoria della sentenza come presunzione. — 11. Argomento contrario desunto dall'art. 361 cod. proc. civ. — 12. Osservazioni sull'art. 28 cod. proc. pen. — 13.Conclusione.

XX. SUL GIURAMENTO COSIDDETTO NECESSARIO » 579

XXI. SUI POTERI DEL PUBBLICO MINISTERO INTERVENIENTE » 587

XXII. SULLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA NELL'AZIONE DI ACCERTAMENTO » 593

XXIII. VOCE « PROCESSO » » 605

XXIV. A PROPOSITO DI TORTURA » 613

XXV. VERITÀ E VEROSIMIGLIANZA NEL PROCESSO CIVILE » 615

SOMMARIO: 1. Ogni giudizio di verità si riduce logicamente a un giudizio di verosimiglianza. — 2. Giudicato e certezza. — 3. La cosa giudicata come certezza meramente giuridica (non psicologica né sociologica). — 4. Funzione delle massime di esperienza nel giudizio di possibilità. — 5. Id. nel giudizio di verosimiglianza. — 6. Contrapposizione nel diritto positivo tra giudizio di verità e giudizio di verosimiglianza: allegazione e prova. — 7. Giudizio preliminare di ammissibiltà e di rilevanza delle prove. — 8. Giudizio preliminare di attendibilità: il principio secondo il quale il giudice può non ammettere altre prove quando è già convinto della verità. — 9. Il principio secondo il quale il giudice non può rifiutarsi di ammettere prove a causa della inverosimiglianza dei fatti allegati. — 10. Il giudizio di verosimiglianza come condizione per ammettere prove altrimenti vietate. — 11. Verosimiglianza e onere della prova. — 12. L'interrogatorio libero come mezzo per facilitare il giudizio di verosimiglianza e quello di ammissibilità dell'azione. — 13. Funzione eliminatoria del giudizio di verosimiglianza in casi particolari. — 14. Provvedimenti sommari fondati su un giudizio di verosimiglianza: prove *leviores*. — 15. Valore probatorio dell'allegazione verosimile. — 16. La verosimiglianza come uno dei criteri per la valutazione delle prove raccolte. — 17. Il cosiddetto principio di « verosimiglianza » enunciato dal Sauer: conclusioni *in iure condendo*.

XXVI. IL GIUDICE ISTRUTTORE NEL PROCESSO CIVILE » 641

This One
AEZS-XHR-USEE

PRESENTAZIONE

di

TITO CARNACINI

Da tempo mi sono convinto che nulla meglio degli scritti che prendono lo spunto da uno o più casi di vita vissuta, è in grado di rivelarci prima facie *la classe di un giurista, la sua preparazione teorica assieme con la capacità di applicarla in concreto. Se cercavo una conferma, eccola offerta da questo volume, il quinto della serie, delle opere giuridiche di Piero Calamandrei, dove il maggiore numero dei saggi raccolti è costituito in origine da note a sentenza e dove anche gli altri, ad incominciare dal libro giovanile sulla chiamata in garantia, rivelano un costante e proficuo legame con la realtà, dall'autore scrutata direttamente o attraverso la giurisprudenza. Per lui, così versatile da toscano di razza, così aperto a tanti problemi al di fuori del diritto, quest'ultimo, proprio perchè lo concepiva — com'è da concepirsi — non in assoluto ma in termini relativi, andava e va studiato esclusivamente* sub specie *del mondo che ci contorna e che di continuo muta. A questo indirizzo egli fu sempre fedele, direi per innata vocazione, e di questo indirizzo gli scritti qui riuniti, pur nel loro tecnicismo che del resto ha il pregio di mostrarci lo strumento giuridico interiormente allo stato puro, sono una lampante testimonianza.*

Il presente volume si apre con la riproduzione delle opere con le quali il Calamandrei debuttò nel campo del diritto e che, assieme con i più famosi saggi del 1914-15 *sulla sentenza e i relativi vizi e gravami, gli valsero la cattedra in giovane età. Esse ruotano intorno all'argomento della chiamata in garantia, o sotto forma di note dedicate a singole questioni o in quella di libro, il libro* ad hoc *del* 1913 *che ho già ricordato. Tutte e tre le prime, che a suo tempo non furono riprodotte nei sei volumi di* Studi sul processo civile, *sono ancora oggi valide ed anzi colpiscono per la precoce maturità della trattazione e per la conoscenza non soltanto del tema centrale, ma anche di quelli collaterali, come accade nella più remota, concernente*

i rapporti con il giudizio arbitrale. Mentre nel secondo, stante il suo ampio sviluppo, è riscontrabile con maggiore evidenza il marchio, di indiscussa nobiltà, della scuola di Carlo Lessona, pur delineandosi già l'influenza, in seguito decisiva, del più moderno e sistematico insegnamento di Giuseppe Chiovenda. Non per nulla essi furono, com'è noto, i due maestri che con animo nobilmente grato egli ebbe sempre congiunti nella sua memoria, per dirla con le parole della dedica al sesto volume degli Studi, *pubblicato postumo. D'altra parte il libro sulla chiamata in garantia, per l'analisi condotta secondo un chiaro filo fra i meandri di tante legislazioni del passato e del presente e di tante ipotesi, si avvicina a quella* Prova della data nei confronti dei terzi *che il Redenti, di qualche anno più anziano e quindi più esperto, scrisse nello stesso periodo, dandola alla stampa in due volte, sempre alla macchia e purtroppo senza mai ultimarla.*

Segue sotto il profilo cronologico un salto di un decennio, dopo di che troviamo, accanto ad una ragionata recensione ad un libro francese sull'azione esibitoria e a delle osservazioni a sentenza su argomenti vari, del pari non ripubblicate a tutt'oggi, la riproduzione di una serie di articoli dal taglio non meno felice del mirabile dettato. Il primo di questi saggi riguarda il problema, allora de iure condendo, *se e come modificare il broccardo* notoria non egent probatione, *del quale è studiata l'origine e poi l'applicazione da parte della giurisprudenza dell'epoca, per arrivare a darci, dopo avere estromesso le regole d'esperienza secondo la fondamentale distinzione dello Stein, quella definizione dei fatti notori che, accolta in precedenza nel progetto Carnelutti (art.* 297) *con l'approvazione ed un'integrazione dello stesso Calamandrei ma lasciata poi fuori dal codice vigente, oggi serve per interpretare cosa siano « le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza » di cui all'art.* 115, *comma* 2°. *Altro argomento trattato sulla base dell'opinione corrente specie fra i giudici ma con riferimento all'attesa riforma e per contribuirvi, è quello della condanna generica ai danni: anche qui le tavole della legge allora tacevano ed anche qui si è arrivati in seguito ad una disposizione del codice attuale, cioè all'art.* 278, *per cui spetta al Calamandrei il merito non comune di averla predisposta non tanto intravvedendo in tale condanna una sentenza di mero accertamento, quanto chiarendone tutti gli aspetti (ivi compresa la provvisionale), perchè al buio non si legifera o si legifera male. Fra i due precedenti scritti s'inserisce, ed infatti influenzò l'ultimo ora ricordato, l'intervento (formalmente di terzo, ma quale terzo!) nella polemica tra Carnelutti e Liebman, che lo portò a ravvisare nella condanna la sentenza costitutiva della soggezione alla coazione. Mentre successivi sono sia l'articolo dove il nostro autore, nonostante l'adesione della Corte di cassazione, rinnega*

l'avviso antitetico da lui sostenuto in una nota di qualche anno prima e, sulla base della distinzione fra effetti interni ed esterni della sentenza, sostiene che per la impugnativa delle ipoteche giudiziali il momento che conta, al fine di stabilirne la frode, è non quello della condanna nè tanto meno quello dell'anteriore domanda giudiziale, ma soltanto l'altro dell'iscrizione; sia l'ampia trattazione, anch'essa in polemica con la giurisprudenza (ma non con sè stesso), in merito all'efficacia probatoria della sentenza civile: la conclusione, salvo le poche eccezioni che del resto non sono tali perchè si riferiscono al giudicato penale, è del tutto negativa tanto rispetto ai fatti enunciati nelle premesse, quanto come succedaneo della diretta valutazione delle prove, che sola può costituire una sufficiente motivazione della nuova pronuncia.

Gli altri scritti del periodo tra le due guerre e più precisamente tra il 1930 *e la fine della seconda, raccolti nel presente volume, videro la luce in veste di commenti ad altrettante sentenze, ma non minore è la loro importanza. Alludo innanzi tutto alla difesa della opinione allora corrente, ma superata adesso dal disposto dell'art.* 210 *c.p.c., secondo la quale il dovere d'esibizione si basava su ragioni di pubblico interesse soltanto nei confronti del terzo estraneo, mentre la parte aveva l'obbligo di esibire in giudizio documenti a sè sfavorevoli unicamente nei casi in cui la controparte vantasse su di essi un diritto di natura privatistica. Tuttora valida mi sembra invece, nonostante che il codice vigente, a differenza dal precedente, non offra al riguardo spunto alcuno se si prescinde dal generico accenno « all'ammissione delle altre prove » di cui all'art.* 217, *comma* 1°, *la tesi per la quale, quando è controversa l'autenticità di una scrittura smarrita o distrutta, il giudizio del testimone non può in alcun caso sostituire quello del consulente tecnico e deve riguardare dei fatti specifici di sua conoscenza, ad es. per avere assistito all'apposizione della firma. Si passa poi attraverso l'esame della competenza dell'autorità giudiziaria in tema di immobili per destinazione artistica, dove vibra la sensibilità del Calamandrei in difesa delle opere d'arte rispetto alle quali l'interesse pubblico va anteposto a quello del singolo privato, per giungere a due note abbastanza brevi: l'una di chiarimento e di opportuna limitazione della funzione del giuramento necessario nell'ambito delle così dette (o mal dette) prescrizioni presuntive (art.* 2142 *c.c.* 1865 *e art.* 2960 *c.c.* 1942); *l'altra, redatta in veste di caso clinico dopo la promulgazione dell'attuale codice di rito, sui poteri del pubblico ministero interveniente. Infine la critica di una sentenza della Corte suprema, che ha il merito di avere offerto il destro per una felice precisazione in materia di legittimazione passiva nell'azione di accertamento: dall'ovvia premessa che il giudicato su un certo rapporto*

si forma soltanto con la presenza in giudizio dei suoi soggetti, l'autore trae l'impossibilità per la parte di sottrarsi al suo compito di legitimus contradictor *quando sorga nella controparte l'interesse a fare accertare con efficacia di giudicato, per poterlo opporre ad un terzo, quali furono le modalità e l'ammontare di un rapporto sebbene estinto.*

Da ultimo qualche scritto del dopoguerra: accanto alla breve ma succosa descrizione dei princìpi ispiratori del codice vigente e di quelli costituzionali, contenuta nell'aggiornamento per il decennio 1938-48 *della voce* Processo *dell'*Enciclopedia italiana; *accanto alla postilla ad una lettera del Carnelutti sulla tortura e all'intervento in difesa della funzione attiva e stimolatrice del giudice istruttore, effettuato nell'incontro del* 1955, *particolare menzione merita quello che nel tempo è stato l'ultimo saggio del Calamandrei nel campo del diritto processuale civile: mi riferisco alla motivata e perspicua adesione all'insegnamento del Wach, per quanto vecchio di oltre mezzo secolo, secondo il quale nel processo ogni giudizio di verità si riduce ad un giudizio di verosimiglianza, che può dare la certezza giuridica ma non quella psicologica e sociologica, e alla critica invece della allora recente presa di posizione del Sauer, il quale voleva arrivare a ben altro, cioè a fare del principio di verosimiglianza un orientamento fondamentale di politica giudiziaria al di fuori del campo delle prove: meglio ammettere ogni domanda, per quanto possa apparire subito inattendibile, all'esame approfondito del merito con tutto il conseguente carico per i tribunali, che subordinare l'azione alla preventiva autorizzazione del giudice, naturalmente portato a scambiare la verità con la sua impressione.*

La rapida presentazione dei ventisei scritti, ripubblicati in questo volume, termina qui. L'arco di tempo in cui essi rientrano supera il quarantennio, il loro parametro muta con il mutare del codice di rito, gli argomenti trattati, ora a lungo ora in breve, sono disparati anche se non esulano mai, salvo la paginetta sulla tortura, dal campo della procedura civile; ma un filo invisibile li unisce perchè sono il frutto di un pensiero coerente che, pur maturando ed evolvendo, restò sempre ligio alla più nobile concezione del diritto e del suo studio.

SEZIONE V

LA CHIAMATA IN GARANTIA E ALTRI STUDI SUL PROCESSO DI COGNIZIONE E SULLE PROVE (*)

(*) Questa sezione occupa l'intero 5° volume delle *Opere*. Hanno collaborato alla raccolta dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa Claudio MARCHETTI, Alberto GERMANÒ, Valerio GREMENTIERI e Gloria SBARAGLIO.

I

LA CHIAMATA IN GARANTIA (*)

(*) [È questo il primo libro di Piero Calamandrei, che lo pubblicava nel 1913, appena ventiquattrenne, dedicandolo al Padre, con l'aggiunta delle seguenti parole: « Vada con questo primo lavoro la mia devota gratitudine al mio illustre Maestro Prof. Carlo Lessona, dal quale ebbi allo studio del diritto processuale l'insegnamento sapiente, il consiglio amorevole, e, sopra tutto, l'esempio animatore. Firenze, maggio 1913 ». Volume pubblicato per i tipi della Società Editrice Libraria, Milano, 1913]. [*Bibliografia*, n. 31].

INDICE DELLE MATERIE

Bibliografia.

INTRODUZIONE

Natura sostanziale dell'azione di garantia.

SEZIONE PRIMA

APPUNTI DI STORIA E DI LEGISLAZIONE COMPARATA SULL'AZIONE DI GARANTIA

CAPITOLO I

Svolgimento storico dell'azione di garantia.

A) Diritto romano: § 1. *Denunciatio litis* nel processo di rivendicazione. — § 2. *Denunciatio litis* del fideiussore al debitore principale. — § 3. Natura della *denunciatio litis* nel diritto romano. — B) Antichi diritti germanici: § 1. Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione immobiliare. — § 2. Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione immobiliare. — § 3. Natura del procedimento con cui si esercitava questo diritto. — C) Diritto francese. — D) Diritto comune.

CAPITOLO II

L'azione di garantia nei Codici moderni.

A) Leggi processuali a tipo francese che accolgono la chiamata in garantia. — B) Leggi processuali a tipo tedesco che non accolgono la chiamata in garantia: § 1. Austria-Ungheria. — § 2. Germania. — § 3. Svizzera. — C) Legislazione italiana: § 1. Codici precedenti al vigente. — § 2. Legislazione vigente.

SEZIONE SECONDA

LA CHIAMATA IN GARANTIA NEL DIRITTO PROCESSUALE ITALIANO

CAPITOLO III

Caratteri generali della chiamata in garantia.

§ 1. Costituzione professionale della chiamata in garantia. — § 2. Modalità d'esercizio. — § 3. La chiamata in garantia di fronte agli istituti processuali affini.

SEZIONE TERZA

AZIONE DI GARANTIA E COMPETENZA

CAPITOLO IV

Principii fondamentali sulla competenza in tema di garantia.

§ 1. Natura della relazione che passa fra l'azione di molestia e l'azione di garantia. — § 2. Effetti di questa relazione sulla competenza. — §. 3. Inapplicabilità dei principii esposti alla garantia impropria.

Capitolo V

L'azione di garantia di fronte alla competenza relativa.

§ 1. Limiti nel tempo e nello spazio della regola posta dall'art. 100 Cod. proc. civ. — § 2. In quali casi il garante possa sottrarsi alla regola dell'art. 100 Cod. proc. civ.

Capitolo VI

L'azione di garantia di fronte alla competenza assoluta.

§ 1. Principii generali. — § 2. Incompetenza per materia. — § 3. Incompetenza per valore. — § 4. Incompetenza per grado.

Sezione Quarta

SUL PROCEDIMENTO DELLA CHIAMATA IN GARANTIA

A) Procedimento di cognizione.

Capitolo VII

Proposizione della chiamata in garantia.

§ 1. Termine per proporre la chiamata in garantia. — § 2. Modo di proporre la chiamata in garantia. — § 3. Effetti della proposizione della chiamata in garantia.

Capitolo VIII

Questioni preliminari

§ 1. Effetti della mancata comparizione del garante. — § 2. Questioni incidentali. — § 3. Unione delle due cause.

Capitolo IX

Giudizio di merito.

§ 1. Analisi della costituzione processuale di questo giudizio. — § 2. Regole speciali della garantia formale. — § 3. Riassunto delle figure processuali esaminate.

B) Sentenza e procedimento di esecuzione.

Capitolo X

Esecuzione della sentenza ed onere delle spese.

§ 1. Regole comuni alle due specie di garantia. — § 2. Regole speciali alla garantia formale.

Sezione Quinta

L'AZIONE DI GARANTIA IN RELAZIONE AI MEZZI ORDINARÎ PER IMPUGNARE LE SENTENZE

Capitolo XI

L'azione di garantia in relazione ai mezzi ordinarî per impugnare le sentenze.

A) Opposizione del contumace. — B) Appellazione: § 1. Facoltà d'appello delle tre parti in causa separatamente considerate. — § 2. Facoltà d'appello delle tre parti in causa considerate nei reciproci rapporti. — § 3. Disposizioni del disegno di revisione belga.

Capitolo XII

L'azione di garantia in relazione ai mezzi straordinarî per impugnare le sentenze.

A) Opposizione del terzo. — B) Ricorso per cassazione.

Indice delle Fonti

Indice alfabetico-analitico.

BIBLIOGRAFIA (*)

APPIANI, *Della riunione di due cause d'indole rispettivamente civile e commerciale.* Nota alla sentenza App. Brescia, 7 gennaio 1908, *Riv. di Dir. comm.*, 1908, II, 290.

B., *Sull'unione della causa di garantia colla causa principale.* Nota alla sentenza App. Venezia, 31 dicembre 1883, *Temi ven.*, 1884, 242.

BIAGI, *Sulla chiamata in garantia, Annali,* 1871 (parte III, pag. 3).

BOGGIO, *Dell'evizione* (2ª ediz.), Torino, 1894.

BUONAMICI, *L'« actio autoritatis » nell'antico Diritto romano, Arch. giur.*, 1882, vol. XXIX, pag. 73-98.

BURGUNDII, *Commentarius de evictionibus,* Venezia, 1664.

CABALLINI, *De evictionibus* (*Tractatus illustrium iurisconsultorum,* Venezia, 1584, T. VI, parte I, pag. 82).

CABERLOTTO, *Garantia* (*Chiamata in*), *Dig. it.*, XII.

CALAMANDREI P., *Chiamata in garantia e giurisdizione arbitrale.* Nota alla sentenza Cass. Roma, 27 febbraio 1912, *Foro it.*, 1912, I, 1143.

ID., *Sulla chiamata in garantia* (in appendice ai §§ 939-958 del *Trattato di Proc. civ.* del GARSONNET, trad. it. a cura di LESSONA, in corso di pubblicazione, vol. III, pag. 319).

ID., *Sulla efficacia di fronte al garante della sentenza che respinge una eccezione di merito opposta contro l'attore principale dal garantito e contemporaneamente assegna a questo un termine per chiamare in causa il garante.* Nota alla sentenza Cass. Firenze, 1° aprile 1912, *Foro it.*, 1913.

CALLETII, *De evictionibus commentarius* (*Novus Thesaurus juris,* ex collect. G. MEERMAN, T. II, pag. 311-1751).

CAMMEO, *Competenza per connessione e giurisdizioni speciali.* Nota alla sentenza Cons. Stato, V Sez., 19 febbraio 1908, *Giurispr. it.*, 1908, III, 145.

CASTELLARI, *La competenza per connessione* (in appendice ai §§ 750-752 del *Trattato delle Pandette* del GLÜCK, trad. italiana FADDA e COGLIOLO, lib. XI, tit. II, pag. 524).

COVIELLO L., *L'elezione di domicilio e la chiamata in garantia.* Nota alla sentenza App. Messina, 13 aprile 1907, *Foro it.*, 1907, 1, 718.

CUZZERI, *Garantia e testimonianza, Annuario,* 1884, 606.

ID., *Influenza della chiamata in garantia sulla causa principale, Annuario,* 1884, 451.

DEL VECCHIO, *Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico Diritto germanico, Arch. giur.*, 1873, vol. XX, pag. 19-48, 236-282.

DE PAEPE, *De la competence en matière de garantie* (in *Etudes sur la Competence civile,* septième etude, vol. II). Bruxelles, 1892.

ERRERA, *L'elezione di domicilio e la chiamata in garantia.* Nota alla sentenza App. Bologna, 22 dicembre 1902, *Temi ven.*, 1903, 164.

F. M., *La chiamata in garantia dà o non dà vita ad una nuova causa?, Mon. trib.*, 1872, 521.

FISCHER, *Die Lehre von der Streitverkündung überhaupt. und von dem Aufrufe eines Dritten zur gerichtlichen Vertretung insbesondere.* Vienna, 1832.

(*) Raccolgo in questa nota soltanto gli scritti di carattere monografico che si riferiscono all'azione di garantia o ad argomenti affini, riservandomi nei luoghi opportuni di citare nel testo, a pie' di pagina, i trattati di carattere generale e gli altri scritti che toccano solo incidentalmente il mio tema.

FOSCHINI, *Il procedimento per la chiamata in garantia, Temi ven.*, 1876, 185.
FRANCESCHINI, *Dell'appello incidentale dell'appellato contro il coappellato, Filangieri*, 1887, 1, 543.
FUCHS, *Die Lehre von der Litisdenuntiation.* Marburg, 1855.
GALLUPPI, *Della competenza per connessione o continenza di causa*, Legge, 1896.
GERACE, *Dell'adesione in appello quando il garantito soccombe all'attore e il garante al garantito nel giudizio di prima istanza, Giornale delle Leggi*, IX, 220.
GIRARD, *L'action « auctoritatis »*, *Nouv. Rev. Hist.*, 1882.
ID., *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouv. Rev. Hist.*, 1884.
GUZMAN, *Tractatus de evictionibus.* Roma, 1673.
HORAK, *Recensione* della citata monografia del FISCHER, *Giornale* di WAGNER, 1833, II, pag. 47 (una traduzione di questa recensione trovasi nel *Giornale di Giurisprudenza Austriaca* di KUDLER e FRÄNZL, trad. italiana di L. FORTIS. Venezia, 1839, vol. I, *Bullettino*, pag. 111).
KIPP, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform*, Leipzig, 1887.
KRUG, *Die Urheberbenennung.* Berlino, 1895.
LABBÉ, *De l'éviction et de la garantie en matière de vente.* Parigi, 1866.
MANGILII, *De evictionibus.* Venezia, 1630.
MARIANI, *Se il volontario interveniente possa chiamare in garantia, Cass. unica civile*, 1904, 97.
MOMIGLIANO, *Garantia (Chiamata in)*, *Enc. giur.*, VI, parte III.
MORTARA, *Della potestà di appellare in relazione alla garantia* (v. n. 41-45 *Appello civile*), *Annuario* del CUZZERI, 1883, 8.
ID., *Facoltà del chiamato in garantia a prestar testimonianza nella causa principale.* Nota alla sentenza Cass. Torino, 16 aprile 1885, *Temi ven.*, 1885, 284.
NALIN, *La perenzione della domanda di garantia, Annuario del* CUZZERI, 1884, 453.
PIOLA, *Chiamata in garantia, Dizionario di Diritto privato di* SCIALOJA e BUSATTI. Milano, 1902.
REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti.* Milano, 1911.
RICCI, *Giudizi pendenti in rapporto di terzi, Giurispr. it.*, 1874, II, 27.
SABBATINI, *Su l'intervento in causa*, 2ª ediz., Torino, 1881.
SCOTTI A., *Sul modo di proporre la domanda in garantia, Mon. trib.*, 1864, 263 e segg.
ID., *Sulla domanda in garantia di un coimpetito, Mon. trib.*, 1868, 352.
SCOTTI C., *Sugli effetti della notificazione in materia di garantia.* Nota alla sentenza Cass. Roma, 11 febbraio 1885, *Foro it.*, 1885, I, 258.
SECHI, *Intervento in causa, Dig. it.*, II, parte II.
SICILIANO-VILLANUEVA, *« Intertiatio »*, *Dig. it.*, XIII, *parte* II.
TAMASSIA, *La « defensio » nei documenti medievali italiani, Arch. giur.*, 1904, 449 (III serie, vol. I).

INTRODUZIONE (*)

NATURA SOSTANZIALE DELL'AZIONE DI GARANTIA

SOMMARIO. — 1. Definizione dell'obbligazione di garantia: obbligazione principale di difesa in giudizio, obbligazione sussidiaria di risarcimento. — 2. Carattere processuale della prestazione principale. — 3. Casi nei quali nasce l'obbligazione di garantia. — 4. Garantia *formale* e *semplice*. — 5. Inesatta distinzione della garantia in *reale* e *personale*. — 6. Azione di garantia: cumula l'azione di difesa e l'azione di regresso. — 7. Differenza tra azione di garantia e azione di risarcimento. — 8. *a*) Azione di risarcimento per colpa aquiliana. — 9. *b*) Azione di risarcimento per nullità d'atti. — 10. *c*) Azione di risarcimento per inadempienza contrattuale. — 11. *d*) Azione di risarcimento nascente dal contratto di assicurazione.

1. — GARANTIA (1) *è la difesa in giudizio, volta a respingere una domanda di un terzo o a sostenere una domanda contro un terzo, e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa, che una persona, chiamata* GARANTE, *è obbligata a prestare, per legge o per convenzione, a un'altra persona, chiamata* GARANTITO.

(*) Prima di cominciare lo studio dell'istituto processuale che prende il nome di *chiamata in garantia*, è necessario dare il concetto del diritto e della corrispondente obbligazione di garantia, dalla quale questo istituto deriva: siccome, peraltro, l'approfondir la natura, l'estensione, e gli intrinseci requisiti di tale obbligazione formerebbe indagine di diritto sostanziale più che di diritto processuale, mi limiterò a pochi cenni, deliberatamente trascurando ciò che non è necessario al mio assunto.

(1) Tutti gli etimologi trovano nella radice della parola *garantia*, il concetto di *assistenza, difesa*. La parola non deriva dal latino, ove un significato affine se non identico si può trovare nel vocabolo *auctoritas;* deriva invece dalle lingue germaniche, da *werand, warend* dell'antico frisone, da *weeren* dell'antico alto tedesco, espressioni che tutte contengono all'incirca la stessa idea di « fornire cauzione, dare assistenza », corrispondentemente alla radice sanscrita *var*, « proteggere, coprire ». Dal tedesco la parola passò nel basso latino (*warens, warendare, warandiam facere, guarandia, garandia, garandus*), e restò poi nel francese (antico francese: *gariment, garandisserre, garandisseur;* provenzale: *guiren;* cfr. *garer* del francese moderno), nell'italiano (negli antichi documenti piemontesi *garire, varire;* v. LATTES, *Diritto consuetudinario delle città lombarde*, 1899, pag. 214), e nelle altre lingue romanze. Anche oggi, in fiammingo ed in olandese, si adoprano le forme *vrywaring, waarborg*, garantia, *waarborgen*, garantire, *waarborg*, garante;

Da questa definizione, più esatta, ma non diversa in sostanza dalle definizioni date da tutti gli autori (2), si rileva che la prestazione di garantia, oggetto di obbligazione o di diritto, secondo che ci poniamo dalla parte di colui che deve fornirla o dalla parte di colui che deve riceverla, può distinguersi in due prestazioni, cioè:

a) difesa in giudizio;

b) risarcimento del danno.

In relazione a questa duplicità di prestazione, si può considerare l'obbligazione di garantia come sdoppiata in due obbligazioni semplici, l'una delle quali, la principale, ha per oggetto la difesa in giudizio, mentre l'altra, la subordinata, ha per oggetto il rifacimento del danno (3).

L'oggetto principale e caratteristico della obbligazione di garantia è la difesa giudiziaria. Allorchè il garantito è nella imminenza di soffrire quelle molestie di diritto, dalle quali il garante è obbligato a tenerlo immune, il garante deve correre alla difesa, cercando di

---

nell'inglese moderno esiste la parola *warrant*, che significa anche garantia; e nel moderno tedesco lo stesso significato ha la parola *gewährleistung*, nella quale si trova la caratteristica radice *war*. Si veda, per tali confronti, De Paepe, *Études sur la Compétence civile*. T. II, septième étude, « *De la compétence en matière de garantie* », n. 1, nota 2; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 501.

Una curiosa etimologia è quella riferita da P. Rebuffe, *Comment. in Constitutionibus*, 1518, *Tractatus de dilationibus*, pag. 818: « garand *deducuntur quidam a verbo hebraico* garah, *quod est miscere litem, quod is qui convenitur vult miscere litem cum suo auctore* ».

(2) V. Mattirolo, *Trattato di Diritto giudiziario civile*, ediz. 5ª, III, n. 771; Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di Proc. civ.*, III, n. 443; Pothier, *Traité de la procedure*, Parte I, Cap. II, Sez. II, art. 2; Garsonnet, *Traité théor. et prat. de procédure*, ediz. 2ª, § 473 e § 939; De Paepe, op. cit., n. 1. Le definizioni che si danno della garantia contemplano generalmente il caso in cui il garantito sia convenuto in giudizio; v. in seguito, Cap. terzo.

(3) Tale duplicità di oggetto, caratteristica della nostra obbligazione di garantia, parrebbe che esistesse già nel diritto romano, ove si trova detto (fr. 74; § 2, D. *de evict.*, XXI, 2) che « *mota quaestione, interim non* ad pretium restituendum (obbligazione di risarcimento), *sed* ad rem defendendam (obbligazione di difesa giudiziaria) *conveniri potest* », ma su questo v. avanti, Cap. primo.

V. Boncenne, *Théorie de la proc. civile*, ediz. 2ª, III, pag. 383, nota 1; De Paepe, loc. cit.

Il distinguere nell'obbligazione di garantia questo duplice oggetto dà modo di risolvere la questione dibattutissima per determinare se l'obbligazione di garantia sia divisibile o no: si può infatti ritenere che l'obbligazione di difesa è indivisibile, quella di risarcimento divisibile. V. Baudry-Lacantinerie-Saignat, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, trad. italiana a cura di Bonfante, Pacchioni, Sraffa, VII, « Della vendita », n. 367; Garsonnet, op. cit., § 941, nota 4; De Paepe, op. cit., n. 1. — V. anche Cuiacio, *ad lib. LXXV Pauli, ad Edictum; ad leg. 85 et 86*, D. *de verb. ob.*, XLV, 1.

allontanare e di far cessare quelle molestie: soltanto quando la difesa non sia stata tentata, o tentata non abbia ottenuto efficace resultamento, il garante dovrà rifondere al garantito i danni da lui incontrati per le molestie forzatamente sofferte. Prima, adunque, la difesa, l'assistenza processuale, quello che gli antichi autori chiamavano il *factum defendendi* (4); poi il rifacimento dei danni, che della fallita difesa è l'inseparabile sanzione.

L'obbligo del rifacimento pecuniario dei danni ha un carattere sussidiario, condizionato, eventuale: diventa principale ed attuale in due casi:

a) quando il garante si rifiuta di prestar la difesa (*difesa non fatta*);

b) quando il garante presta la difesa, ma resta soccombente (*difesa non riuscita*) (5).

2. — Sarebbe inesatto considerare quale elemento fondamentale della garantia l'obbligo del risarcimento, ed affermare, come un autore fa (6), che « quelquefois le garant n'a d'autre obligation que d'indemniser la personne lésée ». L'obbligazione primitiva e caratteristica del garante è sempre un'obbligazione *di fare:* il garante, cioè, deve spiegare in favore del garantito la propria attività positiva, consistente nella difesa giudiziaria; prestazione di un'opera, quindi, e non risarcimento di un danno. Soltanto, siccome il garante non può esser costretto a prestare tale opera contro sua volontà, o, anche volendola prestare, può non riuscire a prestarla in modo valido, sorge naturalmente, quale effetto dell'inadempienza all'obbligazione di fare,

---

(4) POTHIER, *De la vente*, n. 104.

(5) Determinare la misura di tal risarcimento spetta al diritto sostanziale, non al diritto processuale, e noi, per conseguenza, di questa determinazione non ci occuperemo se non incidentalmente (avanti n. 233 e 242), a proposito dell'onere delle spese. Si deve avvertire però, come regola generale, che l'unico criterio per compiere tal determinazione è quello di aver riguardo *a tutti i danni che son derivati al garantito dalla mancata o non riuscita difesa*: non quindi il garante dovrà rifare al garantito soltanto una somma uguale a quella dal garantito pagata al terzo molestante o al valore della cosa dal garantito al terzo molestante restituita; ma dovrà rifargli anche tutti i danni che il garantito non avrebbe incontrati qualora la molestia giudiziaria fosse stata efficacemente respinta. Un'applicazione di questo principio si può trovare nell'art. 1486 Cod. civ., secondo il quale il compratore che ha sofferto l'evizione ha diritto di domandare al venditore: « 1° la restituzione del prezzo; 2° quella dei frutti, quando sia stato obbligato a restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa; 3° le spese fatte in conseguenza della denunzia della lite al suo autore e quelle fatte dall'attore principale; 4° finalmente il risarcimento dei danni, come pure le spese ed i legittimi pagamenti fatti pel contratto ».

(6) DE PAEPE, op. cit., n. 1.

un'obbligazione sussidiaria di risarcimento, secondo la regola affermata all'art. 1218 Cod. civ.; tale obbligo di risarcimento non esiste dunque fin dall'origine come essenziale elemento della obbligazione di garantia, ma, in forza del principio generale posto a sanzione di ogni inadempienza, è conseguenza della mancata prestazione dell'oggetto dovuto in linea principale.

Si è visto che il primitivo oggetto della obbligazione di garantia è la prestazione di un'opera: è opportuno richiamare fino da ora l'attenzione sulla speciale natura di tal prestazione. Il garante ha, come si è detto, il dovere di far rigettare in giudizio una domanda mossa da un terzo contro il garantito, o di sostenere in giudizio contro un terzo una domanda mossa dal garantito: deve cioè, durante il periodo dichiarativo del processo, estrinsecare una funzione di indole essenzialmente *processuale* (7).

Ci preme, fin da questo momento, far risultare ben chiaramente questo carattere processuale che secondo noi è inseparabile dalla obbligazione di garantia: il garante, cioè, non è obbligato a *impedire che contro il garantito sorgano molestie giudiziarie* (nel qual caso il solo sorgere della molestia giudiziaria renderebbe il garante inadempiente), ma soltanto *a difendere in giudizio il garantito dalla molestia giudiziaria appena sorta* (cosicchè il garante è inadempiente solo quando si rifiuta di prestar la difesa o quando non riesce a prestarla efficacemente). Vedremo in seguito (avanti, n. 90) le conseguenze di questo modo di concepire l'obbligazione di garantia, per mezzo del quale soltanto si può intendere nella sua vera natura l'istituto processuale della chiamata in garantia (8).

---

(7) WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pag. 656.

(8) La parola *garantia* o *garanzia*, oltrechè in questo specifico senso processuale, viene anche adoperata a significare più genericamente ogni mezzo col quale si renda più sicuro l'adempimento di una obbligazione, indipendentemente da ogni obbligo di difesa in giudizio: si dice, per esempio, che un'ipoteca vien data a *garanzia* di un credito, o che la fideiussione serve a *garantire* l'adempimento della obbligazione principale. Nel caso della fideiussione, anzi, si verificano contemporaneamente tanto un rapporto di garanzia in senso processuale, quanto un rapporto di garanzia in senso puramente sostanziale; mentre, per questo, il fideiussore, che si obbliga a riparare alla eventuale insolvenza del debitore principale, è *garante* del pagamento di fronte al creditore comune *garantito*, per quello il vero *garante* è, come meglio in seguito sarà detto, il debitore principale di fronte al fideiussore *garantito*. — V. MORTARA, *Comm.*, III, n. 443; GARSONNET, op. cit., § 939; BOITARD, *Leçons sur le Code de proc. civ.*, I, n. 485.

Sebbene gli autori, per indicare quello specifico obbligo di difesa processuale che forma oggetto della mia indagine, usino indifferentemente le parole *garanzia* o *garantia*, io adotterò, sull'esempio del nostro legislatore (per es. art. 1481 Cod. civ.; art. 193 Cod. proc. civ.), la parola *garantia* a significare questa l'obbligazione di difesa in giudizio, lasciando la parola *garanzia* alle altre significazioni.

3. — La determinazione dei casi nei quali si verifica un obbligo di garantia è rimessa al diritto sostanziale, non al diritto processuale. Basterà qui stabilire in generale che la garantia ha sempre origine da uno di questi due fatti:

1) o dalla *trasmissione di un diritto,* per la quale colui che ha trasmesso deve assicurare all'acquirente la interezza del vantaggio sperato;

2) o da un vincolo di *coobbligazione* che dà luogo fra coloro che vi sono soggetti a ragioni di rivalsa parziale o totale, dopo il sodisfacimento del creditore comune (9).

Esempî della garantia nascente dalla trasmissione di un diritto si possono trovare nel contratto di compra-vendita ed in altri negozî a titolo oneroso: il venditore deve garantire al compratore il pacifico possesso della cosa e quindi rilevarlo dalle conseguenze della evizione (art. 1481 e segg. Cod. civ.); uguale obbligo incombe al permutante in favore dell'altro contraente (art. 1552 Cod. civ.); il cedente di un credito o di altro diritto deve garantirne la sussistenza al suo cessionario (art. 1542 Cod. civ.); il locatore è obbligato a garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa locata (articolo 1575 Cod. civ.); il socio deve garantia alla società per gli oggetti da lui conferiti (art. 1709 Cod. civ.). Tutti gli esempî portati finora si verificano in atti a titolo oneroso: nelle trasmissioni a titolo gratuito la garantia non esiste altro che come eccezione (nelle donazioni, per es., la garantia di regola non è dovuta, come stabilisce l'art. 1077 Cod. civ.: è dovuta eccezionalmente nelle donazioni dotali, secondo l'art. 1396 Cod. civ., e nei casi speciali contemplati dai capoversi dell'art. 1077 suddetto). A questa categoria di garantie nascenti da trasmissioni di diritti si può accostare la garantia che i condividenti vicendevolmente si debbono, nonostante che la divisione sia nel nostro diritto dichiarativa e non traslativa (artt. 1035-36 Cod. civ.) (10).

Esempî della garantia nascente da un vincolo di coobbligazione si possono trovare nell'obbligazione che i condebitori in solido hanno di indennizzare, ciascuno per la sua porzione, il condebitore che abbia pagato l'intero debito (artt. 1198-99 Cod. civ.); obbligazione

---

(9) V. MORTARA, *Comm.*, III, n. 443; GARSONNET, op. cit., § 940 e segg.

(10) V. accennate le numerose questioni di diritto sostanziale che sorgono per determinare la misura e il verificarsi di simile obbligazione di garantia, in GARSONNET, § 940, e note: v. anche BOGGIO, *Dell'evizione,* ediz. 2ª, Torino, 1894, *passim.* Sulla questione dibattutissima intorno all'esistenza della garantia nella espropriazione forzata, v. MATTIROLO, op. cit., VI, n. 312-317, ed ivi estesa bibliografia.

analoga esiste in favore dell'erede che ha pagato il debito nei casi del n. 3 art. 1205 Cod. civ., e dell'art. 1208 Cod. civ., e in favore del fidejussore contro gli altri confidejussori (art. 1920 Cod. civ.). Tutti questi casi mostrano un esempio di rivalsa parziale; una rivalsa totale si può vedere nei rapporti tra fidejussore e debitore principale, il quale è obbligato a rilevare interamente il suo fidejussore nei casi determinati agli artt. 1915 e 1919 Cod. civ.

4. — Si vedrà in seguito, studiando le norme processuali della chiamata in garantia, ch'esse variano profondamente secondo che si tratti di garantia nascente dalla trasmissione di un diritto o di garantia nascente da un vincolo di coobbligazione: in considerazione di queste differenze, che hanno grande importanza nello svolgersi del procedimento, si suol distinguere la garantia in garantia *formale* e garantia *semplice.*

GARANTIA FORMALE *è la difesa in giudizio che l'alienante di un diritto deve prestare all'acquirente contro tutte le molestie giudiziarie* (domanda di un terzo contro l'acquirente; resistenza di un terzo alla domanda dell'acquirente) *volte a impedire il libero esercizio del diritto stesso, e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa.*

GARANTIA SEMPLICE *è la difesa in giudizio e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa che il debitore deve prestare a chi, per essere personalmente obbligato di fronte al creditore comune, è convenuto pel pagamento di un debito, faciente carico in definitivo non a lui, ma al garante* (11).

Le differenze che distinguono queste due specie di garantia riguardano:

---

(11) Il nostro legislatore, come non ha dato una definizione per la garantia in generale, così non ne ha data una per le due specie in cui essa si distingue. Da altri legislatori tal definizione è stata data nei Codici di procedura, per la sua importanza quasi esclusivamente processuale.

Il Codice di procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla dava, agli articoli 227 e 228, le seguenti corrette definizioni delle due specie di garantia:

« La garantia formale consiste nell'obbligo che si è contratto verso taluno, al quale si è ceduta una cosa o un diritto, di assumerne la difesa, ogni qual volta egli sia messo in pericolo di soffrirne evizione ». « La garantia semplice consiste nell'obbligo di indennizzare colui che citato in giudizio dal creditore non può esimersi dal rimanervi per esservi personalmente obbligato ».

Anche nel Codice di procedura Sardo-Piemontese del 1854 definizione analoga, ma meno esatta, era data agli articoli 264-265, che poi, nel Codice del 1859, furono fusi in un solo art. 260.

a) la natura dell'atto che ha dato origine all'obbligo di garantia;

b) la natura del dibattito giudiziario, nel quale la difesa dev'esser prestata;

c) le regole di procedimento secondo le quali dev'essere eseguita tale prestazione.

a) Come ho già dichiarato, la garantia formale nasce in seguito alla trasmissione di un diritto che una persona ebbe a fare ad un'altra. La persona alla quale il diritto fu trasmesso incontra delle molestie giudiziarie nell'esercizio del diritto stesso: allora si presenta per lei l'opportunità di far valere il suo diritto di garantia verso il cedente. La garantia semplice, invece, nasce da un vincolo di coobbligazione che incombe in favore di un terzo a due condebitori. Qualora uno dei condebitori sia chiamato a pagare al terzo creditore qualcosa oltre la parte per la quale deve contribuire, soccorre a sua tutela il diritto di garantia verso il condebitore.

b) Da questa diversità sostanziale deriva che in quel giudizio nel quale si verifica ai danni del garantito la molestia che il garante deve far cessare, la materia del contendere, e, per conseguenza, la posizione processuale del garantito, è notevolmente diversa secondo che si tratti di garantia formale o di garantia semplice. Nei casi di garantia formale, infatti, se un terzo si opporrà al libero esercizio del diritto trasmesso dal garante al garantito, oggetto della controversia sarà appunto l'esistenza o la spettanza di tale diritto; e il garantito, che potrà in questo giudizio essere attore o convenuto, non dovrà difendersi da un'obbligazione che l'avversario pretenda imporgli, ma soltanto reclamerà per sè quel diritto che il garante gli ha trasmesso, e del quale il suo contraddittore negherà l'esistenza o reclamerà a sua volta per sè la spettanza (per es. la proprietà di un immobile). Invece, nei casi di garantia semplice, il garantito si troverà sempre in veste di convenuto dinanzi a un contraddittore che vorrà imporgli l'adempimento di una obbligazione; e l'attività processuale del garantito mirerà a liberarsi da tale pretesa avversaria, volta personalmente contro di lui.

c) Le differenti regole processuali che governano l'esercizio del diritto di garantia secondo che si tratta di garantia formale o di garantia semplice, derivano appunto da questa diversa posizione che nelle due specie ricordate il garantito assume; principale differenza è, come vedremo, la facoltà di esser messo fuori di causa che, quando il garante assume la lite, è concessa al garantito formale, ed è interdetta invece, per la personale obbligazione che a lui incombe, al garantito semplice.

5. — Il vero criterio per distinguere nei casi concreti se una garantia è formale o semplice è quello di risalire alla origine sua, indagando se essa è derivata dalla trasmissione di un diritto o da un vincolo di coobbligazione; pur tuttavia una espressione che dall'Ordinanza del 1667 passò nel vigente Codice di procedura francese (art. 1, Tit. VIII: « *Garantie formelle pour les matières réelles ou hypothécaires* ») ha fatto credere erroneamente che la garantia formale si verifichi soltanto quando l'azione intentata contro il garantito è reale, e la garantia semplice, per conseguenza, si verifichi quando tale azione è personale. In base a tale errato presupposto, anzi, alcune legislazioni più recenti (12) e la moderna dottrina francese e belga (13) respingono le tradizionali espressioni di garantia *formale* e *semplice,* e accolgono in loro vece le espressioni di garantia *reale* e *personale:* intendendo non già che il diritto di garantia, ch'è per sua natura sempre personale (14), possa in certi casi assumere un carattere di realità, ma sibbene che le regole processuali per l'esercizio di tale diritto sono diverse secondo che sia reale o personale l'azione iniziatrice di quel giudizio nel quale la difesa processuale dev'essere prestata.

Questa teoria, in virtù della quale si vorrebbe limitare alla sola garantia volta a respingere un'azione reale le speciali regole processuali della garantia formale, sembra indiscutibilmente da scartarsi, poichè non tutti i casi di garantia nascente dalla trasmissione di un diritto possono farsi rientrare nel ristretto concetto di garantia *reale.*

Già il Iousse, uno dei commentatori dell'Ordinanza (15), avvertiva che non è esatto il limitare alle sole azioni reali e ipotecarie la garantia formale; e il Joccoton (16) dimostra che anche nei casi di

---

(12) Tali il Codice di proc. civ. del Cantone di Vaud (art. 142), il Codice Monegasco, il disegno di revisione del Codice di proc. civ. per il Belgio.

(13) De Paepe, op. cit., n. 2; Garsonnet, op. cit., § 949, ov'è detto: « La garantia formale ha luogo quando la domanda originaria è un'azione reale: la garantia semplice quando la domanda originaria è un'azione personale; e siccome un'azione è reale o personale secondo che l'attore pretende un diritto reale o un diritto di credito, si ha garantia formale quando non esiste che un rapporto puramente reale fra il garantito e l'attore originario, e garantia semplice quando l'un di essi è creditore e l'altro debitore ».

(14) V. Crome, *Parte generale del diritto privato francese moderno,* trad. italiana di Ascoli e Cammeo, I, § 18, nota 55; Laurent, *Principes de droit civil,* V, n. 491.

(15) V. Merlin, *Répertoire,* voce « Garantie ».

(16) *Des excéptions de procédure en matière civile et commerciale,* Lons-Le-Sannier, 1858, pag. 373, n. 264.

azioni personali, come sarebbe l'azione per il pagamento di un debito, può verificarsi una garantia fornita di tutti i privilegi che la legge concede alla garantia formale (17). Anche gli autori italiani danno la stessa avvertenza: il PESCATORE (18), rilevando la inesatta espressione adottata dal Codice sardo piemontese (art. 260), è di avviso « che si debba allargare la formula, e riconoscere un *garante formale* tutta volta ch'esso difenda il garantito non già contro un'obbligazione; ma nell'esercizio di un diritto »; e la sua opinione è concordemente accettata dalla nostra più autorevole dottrina (19).

Respingo adunque, per le ragioni accennate, le denominazioni di garantia *reale* e *personale*, ad esse preferendo le espressioni derivate dall'antica pratica francese, di garantia *formale* e *semplice*. E' innegabile che il significato di queste due denominazioni, in sè considerate, non è perspicuo, come oscura ne è l'origine etimologica (20), tantochè esse sono state qualificate, non del tutto a torto, « incomprensibili » ed « enigmatiche » (21); ma, a denominazioni che espri-

(17) L'esempio più caratteristico di garantia formale indipendente da ogni azione reale è quella per la quale il cessionario di un credito, se trova opposizione al pagamento da parte del debitore, si rivolge al cedente, chiedendogli che faccia cessare in giudizio tali opposizioni (art. 1542 Cod. civ.). Il GARSONNET (§ 956, nota 1), fedele al presupposto assoluto che, quando la domanda originaria è un'azione personale, siamo sempre in tema di garantia semplice, ritiene che sia semplice anche la garantia nascente dalla cessione di un credito. Ora io non riesco a vedere qual differenza passa, *dal punto di vista processuale*, tra la garantia derivante dalla vendita del diritto di proprietà (art. 1481 Cod. civ.) e la garantia derivante dalla vendita di un diritto di credito, come può considerarsi la cessione. Nell'un caso come nell'altro chi acquista intende procacciarsi un certo bene (la proprietà di un immobile, l'esazione di un credito); quando costui va per conseguire il vantaggio sperato (entrare in possesso dell'immobile, riscuotere il credito) si trova dinanzi degli ostacoli (rifiuto del terzo possessore a lasciar libero l'immobile; rifiuto del debitore ceduto a pagare il debito), per rimuovere i quali è costretto a ricorrere al giudice. Nell'un caso e nell'altro la difesa del convenuto sarà identica; il terzo possessore dirà: « Voi attore avete acquistato da X venditore il diritto di proprietà su questo immobile; ma questo immobile è mio; e il diritto che X vi ha venduto è inesistente »; il debitore ceduto dirà: « Voi attore avete acquistato da X cedente questo diritto di credito verso di me; ma io nulla devo ad X; e il diritto che egli vi ha venduto è inesistente ». Ebbene, agli effetti processuali della garantia, questi due casi non sono perfettamente identici? E se il garantito attore si rivolge al garante, non lo chiama ugualmente — all'infuori della realità o personalità dell'azione — a dimostrare che il diritto negato dal convenuto esiste validamente?

(18) *Sposizione compendiosa della procedura civile*, Torino, 1864, I, pag. 231.

(19) MATTIROLO, III, n. 776; MORTARA, *Comm.*, III, n. 443.

(20) L'etimologia data dal BONCENNE (op. cit., III, pag. 374) e riferita dal GARSONNET (§ 949, nota 4) non è molto soddisfacente: la garantia formale, secondo essi, si chiama così perchè è dovuta *formalmente*. *Idem per idem!*

(21) ALLARD, *Documenti parlamentari della Camera dei rappresentanti belga*, sessione 1869-1870, pag. 215 (v. DE PAEPE, op. cit., n. 2).

mono chiaramente un concetto errato, mi sembrano preferibili le oscure denominazioni tradizionali alle quali si può dare un significato convenzionale, ma scientificamente esatto (22).

Secondo che la garantia è dovuta in virtù di legge o di convenzione, si può distinguere la garantia *legale* dalla garantia *convenzionale* (23); con significato identico si contrappone la garantia *di diritto* alla garantia *di fatto*. Ma sono distinzioni che, dal punto di vista processuale, non hanno importanza.

6. — L'obbligazione di garantia è una obbligazione condizionata, poichè l'occasione di chiederne e di corrisponderne l'adempimento non si verifica se non quando il garantito si trova dinanzi a quelle molestie giudiziarie dalle quali il garante deve difenderlo. Quando tale condizione si verifica, l'obbligazione di garantia diventa esigibile ed eseguibile, e nasce nel garantito il diritto di chiedere l'attuazione della legge che gli assicura il conseguimento della garantia, vale a dire l'*azione di garantia* (o *azione in garantia*, o *azione per garantia*).

Ho notato fin da principio (dietro, n. 1) che l'obbligazione di garantia si può considerare come composta da due obbligazioni semplici, la prima delle quali ha per oggetto la prestazione di un'opera, l'altra la prestazione di una indennità pecuniaria. In corrispondenza con queste due obbligazioni, si può considerare l'azione di garantia sdoppiata in due distinte azioni, l'una delle quali — l'*azione di difesa in giudizio* — mira all'esecuzione dell'obbligazione principale, mentre l'altra — l'azione di risarcimento, o, come più specialmente si chiama, l'*azione di regresso*, o *di rivalsa* (24) — mira all'esecuzione dell'obbligazione sussidiaria (25). Il momento di nascita di

---

(22) Il nostro Codice di procedura, all'art. 198, parla semplicemente di « garantia per azioni reali », cui vien fatto di contrapporre la « garantia per azioni personali ». Nella stessa inesattezza cade la Relazione Pisanelli, la quale, dicendo che la chiamata in garantia può verificarsi « tanto in materia personale quanto in materia reale, *onde* la distinzione tra garantia semplice e garantia formale » mostra di ritenere inscindibile il concetto di garantia formale dal concetto di azione reale.

(23) Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, n. 380; De Paepe, op. cit., n. 2.

(24) Azione *di regresso*, perchè per mezzo di essa il garantito *si rivolge* contro il garante, e, come il terzo si è mosso contro il garantito, così il garantito si muove a sua volta contro il garante, per ritorcer contro di lui le conseguenze dannose dell'attività del terzo. La parola viene dal latino, ov'era specificatamente usata nello stesso senso: v., per es., l. 1, D. *de evict.*, XXI, 2.

Azione *di rivalsa*, perchè per mezzo di essa il garantito *si rivale* sul garante, ch'è il vero responsabile, dei danni dall'attività del terzo derivati a lui garantito.

(25) V. Boncenne, loc. cit. (dietro, n. 1 nota); il De Vedel (citato dal De Paepe, op. cit., n. 64, nota 3) chiama la prima azione « action d'assistance en cause », e la seconda « action en pleine garantie ».

ciascuna di queste due azioni non è il medesimo; l'azione di difesa in giudizio esiste infatti fin da quando il giudizio, che costituisce la molestia, s'inizia senza che il garante vi presti spontaneamente la difesa, mentre l'azione di regresso, che mira ad ottenere il risarcimento di un danno già verificatosi, comincia a esistere, isolatamente considerata, solo da quando una sentenza definitiva a carico del garantito fa diventare danno attuale quello che prima era soltanto minaccia di danno futuro (26).

Poichè le due azioni, nelle quali l'azione di garantia si scompone, non sorgono contemporaneamente, è ovvio pensare che avvenga separatamente l'esercizio di ognuna di esse. Ciò accade per altre legislazioni (Regolamento Giuseppino, avanti, n. 66) nelle quali, mentre l'azione di difesa è sperimentata dal garantito appena si trova dinanzi alla molestia giudiziaria dalla quale il garante deve liberarlo, l'azione di regresso deve essere esercitata in separato giudizio, posteriore al verificarsi di quel danno, di cui, per mezzo di essa, si chiede il risarcimento. Ma, nel nostro diritto processuale, fin dal momento in cui sorge contro il garantito la molestia giudiziaria, minaccia di futuro danno, è ammesso il contemporaneo e cumulativo esercizio delle due azioni, sebbene l'azione di regresso, che richiede il risarcimento di un danno già verificatosi, non sia, a rigor di termini, ancora nata: e questo, come più estesamente diremo in seguito (avanti, Cap. terzo) in virtù dell'istituto processuale che forma oggetto del nostro studio.

Nel nostro diritto, però, accanto a questo modo di esercitare l'azione di garantia durante la pendenza del giudizio di molestia (27) e congiuntamente ad esso (*azione di garantia in via incidentale*), l'azione di garantia può essere anche esercitata in un giudizio autonomo, posteriore a quel giudizio di molestia, nel quale il garantito

---

(26) Che l'azione di regresso, a sè considerata, cominci a esistere solo quando il danno si è già verificato, rilevasi dall'art. 2120 Cod. civ., secondo il quale « le prescrizioni non corrono... riguardo alle azioni di garantia fino a che non abbia luogo l'evizione ». Quando l'evizione ha luogo, ossia, più in generale, quando si verifica per sentenza definitiva a carico del garantito quel danno che il garante doveva evitargli, sorge quella che la legge chiama azione di garantia, ma che in pratica si riduce a una semplice azione di regresso, non potendosi concepire una difesa processuale quando l'evizione è già avvenuta. Prima del verificarsi dell'evizione, il diritto di risarcimento, a sè considerato, non è fornito d'azione separata: e, quindi, *contra non valentem agere non currit praescriptio.* V. in materia le recenti sentenze Cass. Palermo, 16 dicembre 1911, *Foro sic.*, 1911, 589; App. Cagliari, 24 aprile 1911, *Giur. sarda*, 1911, 132.

(27) Per il significato che noi diamo a tale espressione, v. avanti, Cap. terzo.

è rimasto soccombente (*azione di garantia in via principale*) (28). Teoricamente, anche questo secondo modo di esercitare l'azione di garantia, costituisce un esercizio cumulativo dell'azione di difesa e dell'azione di regresso, perchè il garantito mira a far dichiarare dal giudice che il garante era tenuto a prestar la difesa nel giudizio già svoltosi (azione di difesa), e che, non avendola prestata, è tenuto ora a prestare il risarcimento (azione di regresso); ma, praticamente, mentre l'azione di garantia in via incidentale dà modo di raggiungere a pieno il diritto di garantia mettendo il garante in grado di prestare efficacemente la difesa, oggetto fondamentale di tale diritto (avanti, n. 67), l'azione di garantia in via principale dà modo soltanto di conseguire quella indennità che è sanzione della mancata difesa; e non ha nulla di diverso, nella sua estrinsecazione processuale, dalle altre azioni di risarcimento.

L'istituto processuale per mezzo del quale si esercita l'azione di garantia in via incidentale prende il nome specifico di *chiamata in garantia:* all'indole sua ed alle regole che lo disciplinano sono volte appunto le mie indagini.

7. — Bisogna guardarsi dal confondere coll'azione di vera e propria garantia, di cui nei numeri precedenti ho voluto dare il caratteristico profilo, tutte le azioni che, indipendentemente da ogni scopo di difesa processuale, mirano a ottener la riparazione di un danno, da chi, per qualunque titolo (colpa aquiliana, inadempienza contrattuale, convenzione), è obbligato a risarcirlo; tutte queste azioni, infatti, mirano *unicamente, fin dal momento della loro nascita,* a conseguire una indennità pecuniaria, mentre l'azione di garantia, considerata nel suo valore iniziale, mira *principalmente* al conseguimento della difesa in giudizio e solo in via sussidiaria alla riparazione pecuniaria del danno causato dalla mancanza di questa prestazione principale.

In pratica, l'occasione di distinguere l'azione di garantia dall'azione di semplice risarcimento non si presenta per l'azione di garantia esercitata in via principale, la quale, sotto l'aspetto processuale, dall'azione di risarcimento in nulla differisce. Ma la necessità di distinguere si manifesta allorchè si tratta di esercitare l'azione in via incidentale, perchè in tal caso quelle regole speciali (*chiamata in*

---

(28) MATTIROLO, op. cit., III, n. 777; Cass. Roma, 25 maggio 1890, *Legge,* 1890, 2, 219; BAUDRY-LACANTINERIE-SAIGNAT, op. cit., VII, pag. 382. È inesatto distinguere, come fa il DE PAEPE (op. cit., n. 2) la garantia in *principale* e *incidente,* come se queste fossero qualità intrinseche proprie a due specie diverse di garantia e non a modalità d'esercizio.

garantia) che permettono, nei modi che vedremo in seguito, di unire l'esercizio dell'azione di garantia vera e propria alla causa principale, non si devono potere estendere alla semplice azione di risarcimento, basata non su un'obbligazione di garantia, ma soltanto su una responsabilità.

Alcuni autori non fanno distinzione alcuna tra *garantia* e *responsabilità;* tale il GLASSON (29) il quale, dicendo che « ognuno è sempre *garante* del fatto proprio », vede un garante ove io vedo soltanto un responsabile; tale il DE PAEPE (30), secondo il quale l'obbligazione, imposta dalle disposizioni generali sulla colpa aquiliana, di riparare il danno cagionato altrui è « un caso di garantia legale ». Altri autori, invece (31), pur distinguendo dal punto di vista teorico l'obbligazione di vera garantia da quella di risarcimento, estendono per pratica utilità le regole dell'azione di garantia anche alle azioni nascenti da una semplice responsabilità, considerandole come azioni di *garantia impropria.* E tale estensione è accolta da una parte ragguardevole della giurisprudenza italiana e francese (32), la quale tende a stabilire questo principio generale: che ogniqualvolta alcuno sia parte in un giudizio, sapendo che, qualora vi restasse soccombente, avrebbe, per qualunque titolo, diritto di farsi risarcire da un terzo il danno derivatogli da tal soccombenza, nasce in lui contro questo terzo un'azione di garantia impropria, che può essere nello stesso giudizio esercitata in via incidentale.

Ora, se l'applicazione estensiva delle regole dell'azione di garantia può recare dei vantaggi dal punto di vista pratico, essa non può non essere disapprovata, da chi si attenga alla rigorosa esattezza dei principii. A prescindere, infatti, da più particolari indagini sulla natura della connessione tra azione principale e azione di garantia (avanti, nn. 98-100) e sul fondamento della difesa processuale nella garantia semplice (avanti, n. 206) che saranno fatte in seguito e confermeranno la inapplicabilità delle regole dell'azione di garantia alle azioni di semplice risarcimento, si può fin da ora osservare:

1) che l'obbligazione di garantia è per l'obbligato notevolmente più gravosa dell'azione di semplice risarcimento, poichè, in considerazione di quella difesa processuale alla quale la garantia principalmente mira, il garante, se vuole opporsi alle pretese del garantito, può essere costretto a investire della questione lo stesso

---

(29) *Précis, Théor. et prat. de procédure civile,* ediz. 2ª, Parigi, 1908, I, pag. 719

(30) Op. cit., n. 2.

(31) GARSONNET, op. cit., § 957.

(32) V. decisioni in nota ai numeri seguenti.

giudice dinanzi al quale la difesa dovrebb'essere prestata, vale a dire un giudice diverso dal suo giudice naturale. Ora, se si vuol trattare alla stregua del garante, obbligato principalmente alla difesa, il responsabile, obbligato soltanto al risarcimento, questi viene a esser privato ingiustamente del diritto al proprio foro, e la sua obbligazione viene così ad esser aggravata di un onere che egli, nè per legge nè per convenzione, si è assunto;

2) che lo scopo principale per il quale l'azione di garantia è regolata da speciali norme processuali, è quello di render più agevole, tanto per il garantito quanto per il garante, la prestazione della difesa in giudizio. L'obbligazione di prestar tale difesa è il necessario presupposto che giustifica l'esercizio dell'azione di garantia in via incidentale; se, come accade sempre nelle azioni di semplice risarcimento, manca fin da principio tal presupposto, non si deve poter applicare neppure quelle eccezionali regole di procedimento, che ne sono diretta conseguenza.

Esaminiamo ora più da vicino alcuni casi pratici nei quali si vuol da alcuni vedere un'azione di garantia dove non è che un'azione di risarcimento o di rivalsa.

8. — *a*) Si può considerare come un'azione di garantia quell'azione di risarcimento che, in base agli artt. 1151 e segg. Cod. civ. (e a quelli che di tali norme generali sono speciali applicazioni; per es. art. 1639 Cod. civ.), spetta al danneggiato contro colui al quale si può far risalire la causa del danno sofferto?

Facciamo un caso pratico: *A* cita in giudizio *B* per richiedergli, in base all'art. 1151 Cod. civ., il risarcimento di un danno che *B* gli ha arrecato con un suo fatto colposo: *B*, a sua volta, sa che il fatto dannoso da lui commesso è stato l'effetto di una colpa anteriore commessa da *C*, contro il quale, quindi, egli ha parimente un'azione nascente dall'art. 1151 Cod. civ. Appare qui come siano profondamente diverse le conseguenze processuali che derivano dal considerare l'azione che *B* ha contro *C* equivalente o no ad una azione di garantia: nel primo caso, infatti, *B* potrà, fin da quando *A* propone contro di lui una domanda giudiziaria di risarcimento, valersi delle regole dell'azione di garantia in via incidentale, e chiamare *nello stesso giudizio* il vero responsabile *C*, contemporaneamente promovendo in questa sede la sua azione di risarcimento contro di lui; nel secondo caso, invece, *B* dovrà limitarsi di fronte ad *A* a negare la propria colpa e quindi la propria responsabilità, e qualora, ciò non ostante, resti soccombente, potrà a sua volta, *in separato giudizio*, rivolgersi contro *C*, responsabile di fronte a lui di tutto il danno.

Non esito a preferire questa seconda soluzione. Quando *C*, commettendo contro *B* il fatto dannoso, che poi ha messo *B* in condizione di danneggiare *A*, è venuto a rendersi passibile di un'azione di risarcimento, non si è minimamente assunto, nè per sua volontà nè per legge, un'obbligazione di garantia in favore di *B*. L'obbligo al quale *C*, per il fatto proprio, è tenuto, si limita a questo: risarcire il danno da lui causato; e di questo obbligo egli ha diritto di rispondere dinanzi al proprio foro, nè può esser costretto a rinunciarvi, come potrebbe esservi costretto se si fosse obbligato a prestare la difesa in altro giudizio. Per conseguenza, *B*, che si trova ad esser perseguitato in giudizio per un fatto di cui egli non è il vero responsabile, dovrà limitarsi a provare ch'egli non ha colpa nel fatto stesso; e qualora *A*, dopo l'assoluzione di *B* dalla sua domanda, voglia, ciò non ostante, ottenere dal vero responsabile *C*, il rifacimento del danno, dovrà rivolgersi direttamente contro di lui, dinanzi ai suoi giudici naturali.

Giustamente in questo senso il MATTIROLO (33) così argomenta: « La responsabilità del fatto proprio incombe esclusivamente all'autore del fatto medesimo; e questo autore può bensì contestare la sua responsabilità, ma non chiamare nello stesso giudizio un terzo a pretesto che esso sia imputabile del danno; per vero il legittimo interesse del principale convenuto si limita alla propria difesa, per la quale gli basta provare che il fatto suo non diede luogo a danno o non gli è imputabile » (34).

---

(33) Op. cit., III, n. 805, nota 1. V. anche IOCCOTON, op. cit., n. 268 (pag. 380).

(34) In materia di responsabilità nascente da colpa aquiliana, gran parte della nostra giurisprudenza accoglie il principio della inapplicabilità delle regole dell'azione di garantia. Tale principio fu affermato dalla Cass. Roma, 26 novembre 1891 (*Legge*, 1892, I, 111) in un caso in cui, avendo *A* citato *B* per risarcimento di danni prodotti dalle acque rovesciatesi in uno stabile di *A* da un contiguo stabile di *B*, *B* a sua volta voleva chiamare in garantia un terzo *C*, adducendo che l'invasione delle acque era stata prodotta da un franamento avvenuto in un argine appartenente a *C*. Conformemente, la Corte d'Appello di Torino, 27 febbraio 1893 (*Giurispr. it.*, 1893, 1, 2, 491), respinse l'ammissibilità dell'azione di garantia in una causa per danni derivanti da concorrenza sleale in materia giornalistica, nella quale i convenuti chiedevano di chiamare in causa una terza persona alle cui suggestioni e al cui aiuto materiale doveva, secondo essi, attribuirsi la sleale concorrenza: « L'azione in garantia — così la Corte motivava la sua decisione — presuppone di necessità l'esistenza di un vincolo giuridico fra colui che invoca la garantia e colui che è tenuto a prestarla; ora in tema d'azione nascente da delitto o da quasi delitto mal si sa comprendere l'esistenza di un vincolo giuridico e quindi l'obbligazione reciproca di garantirsi tra i varî compartecipi ad un fatto che dà luogo alla responsabilità di tutti quelli che vi presero parte rimpetto a colui che vi fu danneggiato ». Si veda anche la sentenza App. Milano, 4 luglio 1900 (*Giur. tor.*, 1900, 1505), secondo la quale « il co-

9. — *b*) Può accadere che in un giudizio venga eccepita la nullità di un atto mancante delle forme essenziali, e che tale nullità derivi dalla colpa di un terzo estraneo al giudizio: per es., può essere eccepita la nullità della citazione, dovuta alla colpa dell'usciere o del procuratore; la nullità di un testamento, dovuta alla colpa del

---

struttore di un edificio, chiamato a rispondere della rovina o del pericolo dell'edificio stesso, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1639 Cod. civ., non può a sua volta chiamare in garantia, semplicemente perchè tale, il fornitore dei legnami impiegati nella costruzione ». Ugualmente, qualora il proprietario di uno stabile franato fosse chiamato, in base all'art. 1155 Cod. civ., a risarcire i danni cagionati dalla rovina di esso, non potrebbe esercitare nello stesso giudizio, colle regole dell'azione di garantia in via incidentale, l'azione di risarcimento che, per l'art. 1639 Cod. civ., gli compete contro l'architetto costruttore dell'edificio e contro l'imprenditore dei lavori di costruzione. Nè l'assicuratore, chiamato dall'assicurato a risarcirgli un certo danno, in base al contratto di assicurazione, potrebbe far valere colle regole dell'azione di garantia quel diritto di rivalsa che, secondo l'art. 438 Cod. comm., gli compete contro il terzo responsabile del danno (Cass. Firenze, 14 aprile 1898, *Foro it.*, 1898, 1, 635).

Non manca peraltro giurisprudenza contraria. La Cass. di Torino, con sentenza 27 gennaio 1906 (*Giur. tor.*, 1906, 329) ritenne, in tema di responsabilità nascente da quasi delitto, che anche chi è chiamato a rispondere di danni per propria colpa esclusiva ha diritto di chiamare un garante per dimostrare che invece la colpa è tutta di costui. « Garante — essa disse — nel senso e agli effetti degli artt. 193 e 422 Cod. proc. civ., deve ritenersi non soltanto colui che per disposto espresso di legge o per convenzione ha incontrato l'obbligo di difendere un altro da eventuali domande e di tenerlo rilevato dalle conseguenze dannose di una mancata o non riuscita sua difesa, ma è garante eziandio colui il quale sia giudizialmente ricercato, come nella specie, da altra persona, affinchè lo sollevi dalla responsabilità che a questa indebitamente si vuole attribuire. Nè vale l'obietto che chi è responsabile del fatto colposo non può pretendere di riversare la responsabilità su altri, e chi per contro non ha incontrato responsabilità non ha interesse nè titolo di chiedere il rilevo di chicchessia. Tale ragionamento è più specioso che solido. Chi è convenuto, quale responsabile di un fatto colposo o doloso, può trovarsi in condizione di non poter altrimenti dimostrare che va esente da colpa o dolo se non provando che la colpa o il dolo devono ascriversi a terza persona, e ciò nel contesto di quest'ultima non solo, ma anche dell'attore principale; soccorre qui il noto principio *causa causae est causa causati*, e secondo l'art. 1151 Cod. civ. chi deve rispondere del fatto colposo e dannoso è chi è in colpa ». Ma la nota colla quale è favorevolmente commentata questa sentenza nel riferito periodico, dimostra che, in simili casi, di azione di garantia si parla impropriamente, perchè non si mira con essa a far condannare il garante nel giudizio principale, ma soltanto a provare per mezzo del suo intervento la irresponsabilità del convenuto principale, salvo poi, se l'attore voglia rivolgersi contro il vero responsabile, riaprire contro di lui un'azione principale dinanzi al suo foro. In tali casi, dice la nota, « il garante non potrà esser sostituito al convenuto con l'azione principale agli effetti della domanda di condanna che a lui non potrà mai esser girata: i rapporti di esso garante fermandosi al convenuto senza potersi estendere sino all'attore principale... Il

notaro. In questi casi alla parte danneggiata dalla dichiarazione di nullità compete contro il responsabile un'azione di risarcimento, che, secondo le regole ordinarie, dovrebb'essere esercitata separatamente in via principale; invece quasi concordemente si ritiene che tale azione di risarcimento può essere esercitata in via incidentale nello stesso giudizio nel quale la nullità dell'atto viene eccepita, come una vera e propria azione di garantia. Oltrechè da ragioni di pratica utilità (35), tale applicazione estensiva delle regole dell'azione di garantia è consigliata, secondo la giurisprudenza (36), dalla opportunità

---

convenuto intanto sarà assolto... se poi l'attore respinto nella sua domanda vorrà tornare alla carica contro il garante, *rinnovando l'istanza nei rapporti diretti dello stesso,* è cosa che intanto nulla decide qualunque sia lo svolgimento che potrà in seguito avere ». Cosicchè questa asserita domanda di garantia non è in fondo che una domanda per intervento coatto, perchè non può mai portare a quella condanna del garante nello stesso giudizio principale, che della vera azione di garantia è l'effetto essenziale.

Si vedano anche le sentenze Cass. Napoli, 19 luglio 1897 (*Foro napol.*, 1897, 182) e Cass. Palermo, 3 marzo 1900 (*Foro sic.*, 1900, 187). Per la giurisprudenza francese, v. GARSONNET, op. cit., § 957, nota 7; GLASSON, *Précis,* I. pag. 719.

E' del resto massima dell'antica pratica francese che « *en delict et forfaict, n'y a garend* » (Consuetudine di Britannia, Tit. VII, art. CXLVI), sulla quale si può utilmente consultare MASUERII, *Practica forensis* (Lugduni, 1577), *Tr. de dilationibus,* n. 23, ov'è detto: « *in causa excessus seu delicti vel attentatorum,* ETIAMSI AGATUR CIVILITER, *non est locus garando, si reo potest imputari dolus aut culpa* ».

(35) GARSONNET, op. cit., § 957. « Questa soluzione — egli scrive — che non è forse rigorosamente esatta dal punto di vista dei principî, offre, dal punto di vista della pronta spedizione degli affari e degli interessi della persona che presenta il ricorso (chiamata in garantia), troppi vantaggi per poterla seriamente respingere ».

(36) Cass. Roma, 31 dicembre 1906 (*Cass. Unica civile,* 1907, 86): « L'azione di danni *proposta sotto forma impropria* in un giudizio di nullità di testamento per vizio di forma contro il notaro, quale chiamato in causa, è logicamente proposta per la ragione che la dichiarazione di nullità del testamento sarebbe pel notaro *res inter alios* se proferita senza il suo contraddittorio ». V. anche App. Ancona, 28 febbraio 1885 (*Giorn. giur.,* 1886, 14): « Il possessore di un effetto cambiario, il quale vede impugnata dal sottoscrittore la firma come falsa innanzi al Tribunale di commercio, ha diritto di convenire in rivalsa avanti lo stesso Tribunale il notaio che ha dichiarato vera quella firma ».

La dottrina e la prevalente giurisprudenza francese considerano equivalente ad una azione di garantia l'azione di risarcimento contro il responsabile di un atto nullo, e ammettono che questo responsabile possa esser condannato nello stesso giudizio in cui la nullità vien dichiarata, eccettuato il caso che si tratti di uscieri o di notari, sottoposti per leggi speciali a un determinato Tribunale dal quale non possono esser allontanati (v. DE PAEPE, op. cit., nn. 21 e segg.). Tuttavia qualche sentenza ha accolto il principio opposto, secondo il quale l'azione di risarcimento dev'essere proposta in via principale: così, ad es., la

di chiamare nello stesso giudizio il responsabile, allo scopo di far dichiarare anche nel suo contraddittorio quella nullità che altrimenti sarebbe per lui *res inter alios acta;* ma sembra a noi che, allo scopo di attribuire alla dichiarazione di nullità efficacia di cosa giudicata anche di fronte al terzo responsabile, sarebbe, in simili casi, mezzo sufficiente l'intervento coatto, senza necessità di travisare l'indole dell'azione di garantia.

10. — *c*) Nei due numeri precedenti ho considerato alcuni casi di azione di risarcimento nascente da colpa aquiliana; consideriamo ora alcuni casi di azione di risarcimento nascente da colpa contrattuale. Si può considerare come un'azione di garantia quell'azione di risarcimento che in base ai principî generali sulle obbligazioni (artt. 1218, 1225 e segg. Cod. civ.), spetta al creditore contro il debitore inadempiente?

Facciamo anche qui un caso pratico. *C* stipula con *B* un contratto di compra-vendita, obbligandosi a consegnargli dentro un certo termine un oggetto determinato; a sua volta *B* stipula con *A* un contratto *separato,* obbligandosi a consegnargli, entro lo stesso termine, lo stesso oggetto che *C* dovrà consegnare a lui. Alla scadenza del termine, *B* non consegna ad *A* l'oggetto stabilito, sicchè *A* promuove contro di lui domanda di risarcimento per inadempienza contrattuale: ma *B* si è dovuto rendere inadempiente perchè *C*, a sua volta inadempiente, non ha fornito a lui nel termine stabilito l'oggetto che egli a sua volta doveva fornire ad *A*. Potrà *B*, in vista di ciò, nel giudizio per danni che gli muove *A*, agire in garantia contro *C*? Ossia, in altre parole, esiste in *C* un'obbligazione di garantia a favore di *B*? La risposta negativa non pare teoricamente contrastabile. *C*, a causa della sua inadempienza, è obbligato a risarcire i danni che per colpa sua *B* ha risentiti, come *B* è obbligato a risarcire ad *A* i danni che gli ha cagionato; ma non esiste in *C* un obbligo di garantia a favore di *B*: non di garantia formale, non essendovi stata antecedentemente nessuna trasmissione di diritto o di cosa nel cui esercizio o possesso l'acquirente sia stato molestato;

Cassazione, 4 luglio 1860 (v. De Paepe, op. cit., pag. 19), ritenne che l'azione di risarcimento contro un mandatario, a causa della nullità di un'ipoteca ch'egli era stato incaricato di iscrivere, dev'esser portata non davanti al Tribunale investito della domanda di nullità dell'ipoteca stessa, ma davanti al Tribunale del domicilio del mandatario, poichè l'obbligazione di risarcire il danno, derivante sia dalle speciali disposizioni in materia di mandato, sia dalle norme generali in materia di colpa, costituisce un'obbligazione principale, essenzialmente diversa, così per la sua origine come per il suo oggetto, dall'obbligazione di garantia.

non di garantia semplice, poichè non esiste un vincolo di coobbligazione di *B* e *C* a favore di *A*, in favore del quale è obbligato soltanto *B*, mentre nessuna relazione passa tra *A* e *C*.

La giuridica fondatezza di questo principio è stata recentemente affermata da una sentenza della Cassazione di Roma, della quale non pare inopportuno riferire le argomentazioni, tanto più che la giurisprudenza prevalente, specialmente francese, segue il contrario avviso: « Il venditore inadempiente — ha detto la Cassazione di Roma — resta obbligato al risarcimento, e questo sarà misurato dall'entità dei doveri e degli obblighi assunti; ma ciò potrà dal compratore conseguirsi mediante un giudizio apposito, non già per mezzo di un'azione in garantia, della quale non vi sono gli estremi ». Del resto, la contraria opinione « condurrebbe poi a questa strana conseguenza: che chi vende assuma obblighi e responsabilità non nei limiti del fatto proprio e della sua convenzione, ma nei limiti indefiniti di tutte quelle altre contrattazioni che faranno l'altra parte e tutti i successivi contraenti, nella ipotesi, s'intende, della inesecuzione di quella prima convenzione; sanzionando l'erroneo principio che l'obbligo di risarcimento comprende in sè sempre necessariamente l'obbligo di prestare garantia e che il debitore debba rispondere sempre di tutte le conseguenze, anche mediate e indirette, della propria obbligazione » (37).

Se i caratteri della vera azione di garantia non si ravvisano nell'azione di risarcimento nascente dalla mancata o ritardata consegna di un determinato oggetto, tanto meno questi caratteri si posson trovare nell'azione di pagamento e di risarcimento che spetta al creditore di una determinata somma di denaro contro il debitore moroso. Si ponga il caso seguente: *A* vende un oggetto a *B*, che si obbliga a corrispondergliene il prezzo entro un certo termine; *B* a

---

(37) Sentenza 30 gennaio 1909 (*Foro it.*, 1909, I, 305), che cassò la sentenza della Corte di merito, secondo la quale « non occorre un patto di garantia speciale perchè il venditore, che sa di vendere ad altri le sue merci per essere poi rivendute, resti obbligato all'adempimento dell'obbligo contratto e alle conseguenze dell'inadempimento quando ponga l'acquirente nella impossibilità non solo di dar corso al suo acquisto, ma anche di rendersi a sua volta inadempiente verso coloro cui ha rivenduto la merce » (v. *Foro it.*, 1909, I, 306). V. un caso di azione di risarcimento per inadempienza contrattuale esercitata colle forme di un'azione di garantia incidentale nella sentenza Cass. Roma, 29 maggio 1890 (*Legge*, 1890, II, 219).

La giurisprudenza francese è concorde nel ritenere equivalente ad un'azione di garantia l'azione di risarcimento per inadempienza contrattuale. V. Cass. 4 luglio 1889, *Journal du Palais*, 1892, 1, 405, con nota; Cass. 1° agosto 1892, *ib.*, 1, 584; Cass. 9 luglio 1900, *ib.*, 1904, 1, 211; Cass. 6 gennaio 1902, *ib.*, 1903, 1, 132. V. in questo senso, De Paepe, op. cit., n. 14.

sua volta rivende con separato contratto lo stesso oggetto a *C*, che si obbliga a pagargliene entro un termine più breve un altro qualsiasi prezzo. Scaduto il termine, *B* non paga *A*, il quale promuove contro di lui domanda giudiziale per il pagamento e per il risarcimento dei danni; ma *B* è stato messo nella impossibilità di pagare puntualmente *A*, perchè *C* non ha pagato puntualmente lui. L'azione che *B* ha contro *C* per il pagamento del prezzo stabilito e per il risarcimento dei danni prodotti dal ritardo, è un'azione di garantia? Evidentemente no. Se si ammettesse in questo caso l'esercizio della azione di garantia, si cadrebbe in un assurdo anche più manifesto di quello indicato dalla Cassazione di Roma per il caso precedente: poichè, ogni volta che qualcuno è citato in giudizio per il pagamento di un debito proprio, potrebbe agire in garantia contro uno qualunque, anche il più lontano e il più estraneo, dei suoi creditori morosi, comodamente attribuendo alla morosità di costui la ragione della propria insolvenza! (38).

11. — *d*) Devesi finalmente avvertire che obbligazione di garantia non è quella obbligazione di indennizzare alcuno dei danni sofferti, che nasce non da un fatto colposo (colpa aquiliana o colpa contrattuale), ma da un contratto. Tale obbligazione si verifica in modo tipico nel caso del contratto di assicurazione (art. 417 Cod. comm.), con cui l'assicuratore si obbliga a risarcire le perdite o i danni che possono derivare all'assicurato da determinati casi fortuiti: l'azione colla quale l'assicurato mira a conseguire il risarcimento che gli spetta dall'assicuratore non si può esercitare nelle forme proprie all'azione di garantia.

La giurisprudenza ha concordemente applicato tale principio negli svariati casi pratici sottoposti a giudizio. E' stato ritenuto, ad esempio, che l'inquilino di uno stabile incendiato, contro il quale il locatore promuova azione a norma dell'art. 1589 Cod. civ., non ha azione di garantia contro la società presso la quale è assicurato (39); parimente il vettore, convenuto per la perdita o il deterioramento di merci affidategli, non ha azione di garantia contro la società presso la quale le merci stesse sono assicurate (40).

---

(38) App. Firenze, 31 luglio 1906 (*Cass. Firenze*, 1906, 643); Trib. Roma, 6 giugno 1911 (Calcagni-Carapelli; sentenza inedita). V. in questo senso decisioni della giurisprudenza belga in De Paepe, op. cit., n. 14 (Trib. Gand, 23 maggio 1877, *Pasic. Belg.*, 1878, III, 100; e 23 dicembre 1882, *ib.*, 1883, III, 157).

(39) App. Genova, 21 aprile 1908 (*Temi gen.*, 1908, 272).

(40) Giurisprudenza costante in Francia. Dalloz, *Rep. Suppl.*, v.° *Exceptions*, n. 60; Garsonnet, op. cit., § 957, nota 7; De Paepe, op. cit., n. 15.

SEZIONE PRIMA

APPUNTI DI STORIA E DI LEGISLAZIONE COMPARATA SULL'AZIONE DI GARANTIA

12. — Prima di cominciar lo studio dell'azione di garantia nel nostro diritto positivo, è opportuno accennare per sommi capi lo svolgimento storico di questa azione e il sistema delle norme che la disciplinano nelle moderne legislazioni straniere. L'indole e i confini di questo studio non ci consentono di addentrarci in profonde e minuziose indagini di storia e di legislazione comparata; e ci limiteremo quindi a raccogliere qui soltanto quelle notizie di carattere generale, che meglio valgano a far rettamente intendere la natura dell'azione di garantia nel vigente diritto processuale italiano.

CAPITOLO I

SVOLGIMENTO STORICO DELL'AZIONE DI GARANTIA

SOMMARIO

A) Diritto romano.

13. Premesse.

§ 1. — DENUNCIATIO LITIS *nel processo di rivendicazione.*

14. *Actio auctoritatis* nella *mancipatio.* — 15. Azione di evizione. — 16. *Denunciatio litis* obbligatoria. — 17. Tempo in cui doveva esser fatta. — 19. Suoi effetti. — 20. *Venditor emptoris judicem sequi solet.*

§ 2. — DENUNCIATIO LITIS *del fideiussore al debitore principale.*

21. Fideiussione nel diritto più antico. — 22. Fideiussione nel diritto giustinianeo.

§ 3. — *Natura della* DENUNCIATIO LITIS *nel diritto romano.*

23. Non contiene in sè l'azione di regresso.

B) Antichi diritti germanici.

§ 1. — *Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione mobiliare.*

24. *Advocatio ad warantum.* — 25. Procedimento (*intertiatio*).

§ 2. — *Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione immobiliare.*

26. Differenza tra il diritto romano e il longobardico.

§ 3. — *Natura del procedimento con cui si esercitava questo diritto.*

27. Origine della chiamata in garantia.

C) Diritto francese.

28. Procedimento del *droit coutumier*: il *jour de garant.* — 29. Le Ordinanze disciplinano l'azione di garantia per limitare i rinvii da essa prodotti. — 30. Duplice modo di esercitare l'azione di garantia. — 31. La *requeste formelle,* prima forma di chiamata in garantia: sua duplice differenza dalla *denunciatio litis.* — 32. L'Ordinanza del 1667 accoglie la chiamata in garantia.

D) Diritto comune.

33. Prevalenza del processo romano in Italia. — 34. *Dilatio denunciatoria* derivante dalla denunzia di lite. — 35. Trasformazione sostanziale dell'obbligo di garantia: la denunzia di lite diventa una *denunciatio incitatoria.* — 36. Gli scrittori del diritto comune ammettono che l'azione di garantia possa essere giudicata dinanzi al foro dell'azione di molestia. — 37. Falsa interpretazione di alcune leggi romane. — 38. Influsso di tale dottrina sul processo napoletano e romano. — 39. Le costituzioni piemontesi e modenesi accolgono la chiamata in garantia. — 40. Sopravvivenza nelle leggi germaniche della classica *denunciatio litis.*

A) — Diritto romano

13. — Nel diritto romano l'obbligazione di garantia e la relativa azione di garantia non esistevano come concetto unico. Si avevano nel diritto sostanziale esempî di obbligazioni simili, se non identiche a quella che oggi si chiama garantia *formale,* ed a quella che oggi si chiama garantia *semplice*; ma questi varî casi, corrispondenti in sostanza a quelli del vigente diritto civile (dietro, n. 3), non si trovano raggruppati sistematicamente in un solo genere processuale.

Per conseguenza, allo scopo di determinare qual'era, nel processo romano, l'estrinsecazione di queste azioni che oggi si chiamerebbero di garantia, ci riferiremo soltanto a due esempî tipici, tratto l'uno

dalla compra vendita, l'altro dalla fideiussione, i quali daranno una idea sufficiente del procedimento usato per tutti i casi consimili (1).

§ 1. — DENUNCIATIO LITIS *nel processo di rivendicazione.*

14. L'origine dell'obbligo che il venditore ha di assicurare il compratore dall'evizione della cosa venduta si può ritrovare nelle norme che regolavano, nel diritto romano più antico, quella speciale e solenne forma di vendita che si chiamava *mancipatio.* Per questa forma solenne di alienazione permessa soltanto ad alcune persone e per alcune cose, si trasmetteva la vera proprietà quiritaria, ed il mancipatore acquistava la vera *auctoritas,* onde si disse che era obbligo del venditore *praestare auctoritatem.* Qualora colui che colla forma solenne ed in ogni sua parte perfetta della *mancipatio* aveva voluto acquistare il vero e proprio dominio di una cosa, fosse poi costretto a subirne l'evizione (perchè, ad esempio, il venditore non era il vero proprietario) sorgeva allora in lui una *actio auctoritatis* in forza della quale egli tendeva ad ottenere dal venditore, in riparazione del danno cagionato dall'evizione, una somma eguale al doppio del prezzo pagato (2). L'*actio auctoritatis* era adunque un'azione di risarcimento derivante dal diritto civile in favore degli acquirenti del vero dominio quiritario.

Ritenne taluno che allo sperimentare dell'*actio auctoritatis* dovesse esser fatta precedere una denunzia delle molestie per parte del compratore al venditore, mirante ad ottenere l'assistenza giudiziaria del mancipante, quasi egli fosse un tutore, onde l'*auctoritas* sarebbe appunto tale assistenza, ed *actio auctoritatis* sarebbe l'azione di risarcimento derivante dalla inutilmente chiesta assistenza giudiziale (3).

---

(1) MAYNZ, *Éléments de droit romain,* 1856, II, n. 57; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. italiana FADDA e BENSA, Torino, 1904), II, § 391, n. 6; ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette,* Bologna, 1875, II, 303; SCHUPFER, *Diritto delle obbligazioni,* Padova, 1868, pag. 153; GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. italiana FADDA e COGLIOLO), lib. XXI, §§ 1124-1126.

(2) L. 76, D. *de evict.,* XXI, 2 (VENULEIO): « *Auctoritas, id est actio pro evictione* »; PAOLO, *Sent.,* II, 17, § 3: « *Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur* ».

(3) GIRARD, *L'action auctoritatis* (*Nouv. Rev. Hist.,* 1884), pagg. 183-185: « L'auctor n'est ni celui qui transfère la propriété, ni celui qui est tenu à garantie, c'est celui qui intervient dans une situation pour completer, fortifier, c'est à dire, dans notre cas, celui qui assiste l'acquéreur dans le procès en revendication intenté contre lui, et l'auctoritas ce n'est pas le mode d'acquérir, ni l'obbligation à garantie, mais cette assistence même ». Anche il SAREDO (*Istituz. di proc. civ.,* I, pag. 296) interpreta la frase « *auctoritatem praestare* » nel senso di « intervenire in giudizio assistendo il garantito ».

Ma in contrario si obietta che la procedura della *denunciatio litis* non si poteva conciliare con la semplicità del diritto romano più antico, che rigorosamente manteneva il principio « *nemo alieno nomine agere potest* ». Il giudizio fra compratore e terzo rivendicante aveva luogo nella severa forma del *sacramentum*, e nessuno, che non avesse da principio posto il suo *sacramentum*, poteva in seguito intervenire in questo giudizio a sostener diritti o ad opporre eccezioni; per conseguenza, soltanto quando questo giudizio fosse stato definito, il compratore evitto poteva esperimentare l'*actio auctoritatis*, mirante unicamente a un risarcimento pecuniario (4).

15. — Accanto alla solenne *mancipatio*, istituto di diritto civile, esisteva, regolata dal diritto delle genti, un'altra forma di vendita consensuale, che poi prevalse e rimase definitivamente nel diritto romano classico: per essa non si trasmetteva l'assoluta proprietà della cosa (*auctoritas*), ma si mirava soltanto ad un *fare avere*, promettendo il venditore « *per se non fieri quo minus habere liceat* », e d'altra parte obbligandosi, per mezzo di una stipulazione, a pagare, in caso di evizione derivante da terzi, una penale, computata, a similianza dell'*actio auctoritatis* dell'età più antica, al doppio del prezzo (*stipulatio duplae*). Simili modi divennero in seguito così comuni che la giurisprudenza finì coll'accettare la garantia pel titolo di evizione come un obbligo inerente alla stessa natura del contratto, computato non più alla penale, ma all'effettivo danno sofferto, ed esigibile mediante la ordinaria *actio empti* (5).

Fu appunto in questa seconda forma di vendita meno rigida e prevalente nell'età classica del diritto romano, che s'introdusse l'istituto della *denunciatio litis*, quando, mutati i metodi di procedura, fu resa facile nella *condemnatio* della formula la sostituzione di un nome all'altro; e le regole che la denunzia della lite ebbe durante la procedura formulare si conservarono immutate anche quando, coll'abolizione dell'*ordo judiciorum privatorum*, si introdussero le forme processuali della *extraordinaria cognitio*.

16. — Nella vendita consensuale del diritto romano classico, allorquando il compratore si trovava in pericolo di restar soccombente in un giudizio contro di lui intentato da un terzo rivendicante o in-

---

(4) Buonamici, *L'« actio auctoritatis » nell'antico diritto romano* (*Arch. giur.*, 1882).

(5) Serafini, *Istituz. di diritto romano*, II, pag. 117. V. lo studio del Girard, *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle* (*Nouv. Rev. Hist.*, 1884), dov'è fatta un'ampia analisi dell'evoluzione della garantia nel diritto romano.

tentato da lui contro un terzo possessore della cosa comprata (6), doveva, se voleva conservare il diritto di rivalersi poi contro il venditore per la sofferta evizione, informare il venditore stesso del processo che stava per aprirsi e invocare in questo la sua assistenza. Tale avvertimento dicevasi promiscuamente *litem denunciare* (o *renunciare*) (7) *de* o *pro evictione* (8), *auctorem laudare* o *certum facere* (9).

Questa *litis denunciatio* era condizione necessaria per conservare al compratore l'azione di regresso contro il venditore; mancando la denunzia, veniva a mancare nel compratore il diritto di essere risarcito della evizione sofferta. Tal principio si trova enunciato nella l. 53, § 1, D. *de evict.*, XXI, 2, che dice: « *Si, cum possit emptor auctori denunciare, non denunciasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest* », e nella l. 8, C. *de evict.*, VIII, 45: « *Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denunciaverit, evicto praedio, neque ex dupla neque ex empto neque ex stipulatu actionem contra venditorem vel fidejussorem habet* ».

Ma sulla estensione di tale principio non sono concordi i romanisti: alcuni, sull'autorità di Bartolo (10), ritengono che, in mancanza di denunzia, il compratore soccombente perdesse irremissibilmente ogni azione di regresso contro il venditore, perchè si presumeva, con presunzione *iuris et de iure*, contro la quale non era ammessa prova contraria, che la soccombenza nella causa d'evizione dovesse imputarsi a sua colpa; altri (11) opinano che contro il compratore stesse solamente una presunzione *iuris tantum*, contro la quale egli era

---

(6) Non rientra nella mia indagine stabilire quali sono le condizioni affinchè si abbia una vera e propria evizione, la quale, secondo il detto di Pomponio (l. 16, § 1, D. *de evict.*, XXI, 2), ha luogo in tre casi: « *Cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est* »; nè discutere quei casi nei quali è disputato se esista nel venditore obbligo di garantia.

(7) L. 29, § 2, D. *de evict.*, XXI, 2.

(8) V. ll. 39, § 1; 49; 51, § 1; 53, § 1; 55, § 1; 59; 62, § 1, D. *de evict.*, XXI, 2; ll. 8, 9, 20, 23, C. *de evict.*, VIII, 45.

(9) L. 6, § 5, D. *de act. emp. vend.*, XIX, 1; 63, § 1, D. *de evict.*, XXI, 2; ll. 7, 14, C. VIII, 45. V. su queste diverse locuzioni, Fuchs, *Die Lehre von der Litisdenuntiation* (Marburg, 1855), § 1, note 2 e 3.

(10) Caballini, *Tractatus de evictionibus* (nel *Tractatus tractatuum* dello Ziletus), § 3, n. 82: ed ivi autorità da lui citate; Labbé, *De l'eviction et de la garantie en matière de vente*, Parigi, 1866, pag. 41.

(11) Calletius, *Tractatus de evictionibus* (nel *Thesaurus iur. civ.* del Meermann), Cap. I « *An necessaria sit denunciatio ut de evictioni agi possit* », nn. 5-6.

ammesso a provare che la denunzia non avrebbe portato nessun giovamento all'andamento della lite; nè manca chi reputa (12) che la omissione della denunzia privasse il compratore della ragione di risarcimento solo quando il venditore poteva provare che egli sarebbe stato in condizione di ottener vittoria nella lite stessa, sicchè in tal modo l'onere della prova sarebbe stato invertito a favore del compratore (avanti, n. 68).

L'obbligo della denunzia cessava soltanto in alcuni speciali casi determinati dalle leggi:

1) quando un patto aggiunto alla vendita avesse escluso l'obbligo della denunzia (13);

2) quando il venditore si fosse a bella posta adoprato a impedir la denunzia (14);

3) quando il compratore ignorasse dov'era il venditore e non potesse quindi far la denunzia (15).

In tutti questi casi non c'è dubbio che, anche senza aver fatto la denunzia, il compratore conservava ogni sua azione contro il venditore.

17. — Entro qual termine la *denunciatio litis* doveva esser fatta per riuscire efficace? (16). Risponde la l. 29, § 2, D. *de evict.*, XXI, 2: « *Quolibet tempore venditori renunciari potest, ut de ea re agenda adsit; quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione: dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* ».

Questo testo mostra che non esisteva nel diritto romano un preciso termine per far la denunzia, la quale era ammissibile fino a che, secondo le circostanze del caso, il venditore aveva la possibilità di intervenire efficacemente in causa e di far valere, compatibilmente collo stato del processo, le sue ragioni: non quindi proprio sul momento della condanna, quando il venditore non avrebbe avuto più il tempo materiale necessario per venire validamente in difesa (avanti, n. 127) (17).

Un frammento di Labeone (l. 29, § 3, D. *de legatis*, III), secondo il quale la denunzia non potrebbe essere fatta che « *priusquam iu-*

---

(12) WINDSCHEID, op. cit., II, § 391; contro GLÜCK, op. cit., pag. 311, nota *z*.

(13) L. 63, D. *de evict.*, XXI, 2.

(14) L. 56, § 5, D. *de evict.*, XXI, 2: « *... curavit ne sibi denunciari possit* ».

(15) L. 56, § 6, *h. t.*: « *emptor cognoscere ubi esset non potuit* ».

(16) V. più particolarmente FUCHS, op. cit., § 10: « *Quando si deve denunziare la lite?* ».

(17) CALLETIUS, loc. cit.; LABBÉ, op. cit., pag. 43.

dicium accipiatur », cioè prima della *litis contestatio,* non ha il valore di una regola generale (18).

18. — La denunzia della lite, fatta mediante un atto scritto, la cui forma non era determinata sotto pena di nullità (19), consisteva nella notificazione della lite intentata, unita a una dettagliata informativa dello stato attuale della causa (20); essa denunzia doveva di regola esser fatta al venditore in persona propria: « *praesenti venditori denunciandum est* » (21). Questa regola soffriva eccezione nei seguenti casi:

1) si poteva denunziare al *procurator* del venditore, purchè il venditore fosse presente, nel qual caso il *procurator praesentis* rappresentava il suo mandante (22);

2) si poteva denunziare a un pupillo senza l'autorità del tutore, se il tutore non era conosciuto (23);

3) per la vendita fatta da uno schiavo, a lui e non al padrone il compratore doveva fare la denunzia (24);

4) la denunzia fatta al venditore, valeva anche per il suo fidejussore, anche se costui ignorava il processo (25).

Qualora più fossero stati i venditori o gli eredi del venditore, la denunzia doveva esser fatta singolarmente a ciascuno di essi (26).

---

(18) Gli interpreti in disparati modi si industriano di spiegare l'apparente antinomia di questa legge col disposto generale dell'altra l. 29, § 2, D. *de evict.*, XXI, 2. A prescindere da chi ritiene che la parola *judicium*, usata da LABEONE, equivalga alla parola *sententia* (VOET, *Comm. ad Pand., De evictionibus*, n. 23), si possono contare le interpretazioni seguenti: che la l. 29, § 3, D. *de legatis*, III, abbia valore dimostrativo, non tassativo (CUIACIO, *Rec. solem.* ad l. « *qui concubinam* », § « *si haeres tibi* », D. *de leg.*, III; CALLETIUS, op. cit., Cap. I, n. 7); che essa si riferisca al diritto antico, più rigoroso (HUBER, *Praelect. iur. rom. et hodierni*, P. III, *de evictione*, n. 13); che essa si applichi soltanto ai negozî *stricti iuris* (COCCEIUS, *Iuris civ. controv.*, P. II, *de evictionibus*, quest. 13) o soltanto alle *causae lucrativae* (GOTHOFREDUS, nota 18 a questa legge; POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, trad. italiana, Venezia, 1839, l. XXXIII, tit. V, n. 20, nota). V. discusse queste interpretazioni in GLÜCK, op. cit., pag. 304; FUCHS, op. cit., pag. 80 e segg.

(19) WINDSCHEID, op. cit., pag. 110, nota 11.

(20) GLÜCK, op. cit., pag. 319. V. WACH, *Handbuch*, pag. 656.

(21) L. 55, § 1, D. *de evict.*, XXI, 2.

(22) L. 56, § 4, D. *h. t.*

(23) L. 56, § 7, D. *h. t.*

(24) L. 39, § 1, D. *h. t.*

(25) L. 7, C. *de evict.*, VIII, 45.

(26) L. 62, § 1, D. *de evict.*, XXI, 2. Si vedano esaminati diligentemente questi casi dal FUCHS, op. cit., § 8: « *A chi può la lite essere denunziata?* ».

19. — Avvenuta regolarmente la denunzia della lite, aderisse o no il venditore all'invito del compratore, a questo era assicurata definitivamente l'azione di regresso.

Potevano allora darsi due casi: o che il venditore rifiutasse di intervenire, nel qual caso il compratore restava solo a sostenere il processo, e, se vi rimaneva soccombente, poteva poi esercitare, nel modo che fra poco dirò, la sua azione di regresso; o che invece il venditore acconsentisse a prestar la sua assistenza al processo (27).

L'obbligo di prestar l'evizione, incombente al venditore, non aveva nel diritto romano quel carattere di obbligazione processuale di difesa, che riveste nel nostro diritto attuale (dietro, n. 2); l'autore denunciato era tenuto soltanto a risarcire al denunciante il danno della soccombenza, e se assumeva in giudizio la difesa del successore, faceva ciò nel proprio interesse, non perchè vi fosse obbligato (28).

Il denunciante, quindi, al quale competeva un'azione di regresso, ma non un'azione di difesa, non aveva mezzo di costringere il denunciato a intervenire in giudizio; qualora però questi volesse spontaneamente sodisfare all'ufficio suo di *auctor*, poteva, secondo l'opportunità delle circostanze:

a) intervenire nella lite come semplice assistente;

b) assumersi la lite.

Nel primo caso, il venditore intervenuto prestava assistenza al compratore di fronte all'avversario, allo scopo di renderlo « *magis instructus* » nella difesa, con veste molto simile a quella di un avvocato, come rilevasi dalla frase, appunto usata di solito per gli avvocati, di « *adesse causae* » (29); onde tutti i suoi atti si consideravano come fatti dalla parte assistita, giusta il principio: « *ea, quae advocati, praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt ac si ab ipsis dominis litium proferantur* » (L. 1, C. *de err. adv.*, II, 10).

Nel secondo caso, invece, il venditore diventava la parte principale della lite, ch'egli assumeva quale *procurator in rem suam* (30); egli si sottoponeva a tutti i rischi della causa, ma, come rappresentante

---

(27) « *Assistere emptori causamque instruere, assistere negotio, adesse causa agendae, de causa agenda defendere, defendere causam, defendere emptorem, subsistere liti* » sono i modi promiscuamente usati dalle fonti per esprimere la posizione che il venditore può assumere nel processo. V. GALLUPPI, *Della competenza per connessione o continenza di causa* (*Legge*, 1896), n. 66, nota 10.

(28) V. in FUCHS, op. cit., pag. 106 e segg., spiegate le espressioni delle fonti che potrebbero far credere all'esistenza anche nel diritto romano di una obbligazione di difesa incombente all'autore.

(29) GALLUPPI, op. cit., n. 66; FUCHS, op. cit., § 11, pag. 92.

(30) FUCHS, op. cit., pag. 93; GALLUPPI, op. cit., n. 66.

del compratore, che veniva, anche contro la propria volontà (31), liberato dal processo, poteva valersi di tutti i mezzi materiali di difesa solo in quanto se ne sarebbe potuto valere il suo mandante, non potendosi rendere peggiore la condizione processuale dell'avversario (32). In questo caso, nonostante che il denunziante fosse uscito di causa, la sentenza aveva anche contro di lui il valore di cosa giudicata (33).

20. — Regola importantissima (avanti, n. 92) è questa: che il venditore, libero di assumere o no la lite, qualora la assumesse doveva per questa lite accettare la competenza del giudice adito, senza potersi valere del *jus revocandi domum,* per farsi rinviare davanti al foro che sarebbe stato competente per territorio a giudicare un processo mosso contro di lui in via principale. Ciò per due ragioni, secondo ACCURSIO:

1) perchè il giudizio deve terminare là dove è stato iniziato;

2) perchè il venditore che si è assunto la lite, quasi *procurator* del compratore, lo deve difendere dinanzi al suo Tribunale (34).

La regola sorse durante il periodo formulare, come dimostra la l. 49, D. *de judiciis,* V. 1: « *Venditor ab emptore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui judicis. Quaeritur an possit litem ab eo judice, apud quem lis inter petitorem et emptorem coepta est, ad suum judicem revocare? Paulus respondit venditorem emptoris judicem sequi solere* »; e restò invariata anche nella nuova procedura *extra ordinem,* come risulta dalla l. 1, C. *ubi in rem actio,* III, 19, la quale non fa che confermare la regola, stabilendo che l'autore cui la lite è denunciata, deve prestare la sua assistenza dinanzi al foro ove la lite si è iniziata, anche se egli abita in una diversa provincia (35) (*).

---

(31) GLÜCK, vol. cit. pag. 321.

(32) GALLUPPI, op. cit., pag. 138.

(33) L. 63, D. *de re iud.,* XLII, 1. V. FUCHS, op. cit., pag. 96.

(34) CABALLINI, op. cit., § III, n. 118.

(35) GALLUPPI, op. cit., n. 67; CASTELLARI, *La competenza per connessione* (Appendice ai §§ 756-752 del GLÜCK, op. cit.), pag. 219 e 251.

(*) Procedimenti volti a regolare l'esercizio del diritto di riferirsi al proprio autore nel caso di evizione, si possono trovare in leggi precedenti a quelle romane. Si veda, per es., su ciò che riguarda il diritto dell'antica Grecia: BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république athénienne* (Paris, 1897), vol. IV, pag. 133 (*Garantie de l'éviction*). Dalle notizie ivi contenute appare che la legge ateniese offriva al compratore la scelta tra due partiti. Poteva egli, in primo luogo, chiamare a sua difesa il venditore (ἀνάγειν εἰς τὸν πρατῆρα), per il che il venditore era tenuto a confermare (βεβαιοῦν) di fronte al rivendicante che egli aveva venduto all'acquirente la cosa litigiosa e doveva in conseguenza

§ 2. — Denunciato litis *del fidejussore al debitore principale.*

21. — Nell'ultima forma della *fidejussio* romana, da non confondersi con le più antiche forme della *sponsio* e della *fidepromissio,* si può trovare un esempio di chiamata in causa derivante da garantia semplice.

Dalla fidejussione, colla quale il fidejussore prometteva di pagare il debito di un'altra persona nel caso che questa non lo pagasse al termine della scadenza, nasceva una obbligazione del fidejussore in favor del creditore per il pagamento del debito, e un'altra del debitore principale in favor del fidejussore che avesse pagato per lui (obbligazione il cui adempimento era generalmente richiesto in base ad un'*actio mandati contraria*). Nel rigore dell'antico diritto, il creditore poteva a sua scelta rivolgersi o contro il debitore principale o contro il fidejussore, a meno che non vi fosse stipulazione contraria (36). Ma il fidejussore che pagava doveva sempre avvertire del fatto pagamento il debitore principale, per non esporsi al rischio di perdere il proprio diritto di regresso contro di lui, nel caso che il debitore, ignaro del pagamento, pagasse una seconda volta (37).

22. — Il rigore dell'antico diritto fu poi modificato da Giustiniano, che accordò al fidejussore il *beneficium excussionis sive ordinis,* in forza del quale il fidejussore, convenuto per il pagamento dal creditore, poteva chiedere che costui si rivolgesse prima al debitor principale (38). Tale beneficio supponeva che il debitore principale fosse presente e solvente; ma, se il debitore principale era assente, allora il fidejussore poteva chiedere al giudice un termine per chiamarlo in causa e condurlo dinanzi al Tribunale adito; se, allo spirar del termine, il fidejussore non era in grado di presentare il debitore, si dava libero corso all'azione contro di lui: ma se il debitore si presentava, poteva assumer la lite, proprio come nel caso

---

prendere il posto di quest'ultimo nel processo; se il venditore rifiutava di prestar questa difesa, il compratore poteva intentar contro di lui l'azione chiamata δίκη βεβαιώσεως, per far dichiarare dal giudice il proprio diritto al risarcimento da parte del venditore; se, al contrario, il venditore accettava, l'acquirente era messo fuori di causa. Il compratore poteva, in secondo luogo, astenendosi dal chiamare in garantia il venditore, combattere da sè (αὐτομαχεῖν), nel qual caso è dubbio se avesse poi, in caso di soccombenza, diritto di rivalsa contro il venditore.

(36) V. l. 3, C. *de fid.*, VIII, 41: « *electionis potestas permittatur creditori* », e l. 5, *h. t.*

(37) L. 29, § 3, D. *mandati,* XVII, 1.

(38) Nov. 4, c. 1.

della denunzia di lite nascente dall'obbligo di prestar l'evizione nella compra-vendita (39).

§ 3. — *Natura della* DENUNCIATO LITIS *nel diritto romano.*

23. — I due esempî sopra citati, della denunzia di lite fatta dal compratore al venditore e di quella fatta dal fidejussore al debitore principale, sono sufficienti a farci scorgere quale fosse la natura e lo scopo della *denunciatio litis* nel diritto romano: essa era semplicemente un mezzo col quale il denunziante dava notizia al denunziato della pendenza di una lite, per metter quello in grado di intervenirvi, e per conservare a sè stesso un diritto di regresso in caso di soccombenza. La denunzia di lite, adunque, non conteneva la proposizione di un'azione di regresso contro il denunziato: l'azione di regresso poteva essere proposta soltanto in seguito, quando già si fosse verificata ai danni del denunciante la soccombenza in lite, e doveva essere proposta in separato giudizio, non dinanzi al giudice che aveva deciso la causa principale contro il denunziante, ma dinanzi al giudice naturale del denunziato, secondo la regola « *actor sequitur forum rei* ».

Non dunque, nel caso di evizione, si poteva in quello stesso processo in cui il compratore denunziante veniva condannato a rilasciare al terzo rivendicante la cosa comprata, far condannare a prestar l'evizione il venditore denunziato: « *mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest* » (40). Parimente il fidejussore, per esperimentare la sua azione di regresso contro il debitore (si trattasse di una *actio mandati contraria,* o di una *actio negotiorum gestorum,* o di altra azione più vantaggiosa che egli, per il *beneficium cedendarum actionum,* si fosse fatto cedere dal creditore prima di pagarlo) doveva agire *ex novo* al foro determinato dal domicilio del debitore (41) (*).

---

(39) La L. 10, § 12, D. *mandati,* XVII, 1. parla di una *facultas* spettante al fidejussore « *rei conveniendi, ut ipse susciperet potius judicium, vel suo, vel procuratorio nomine* ». V. GLÜCK, op. e vol. cit., pag. 314.

(40) L. 74, § 2, D. *de evict.,* XXI, 2.

(41) V. MAYNZ, op. cit., II, § 545; WINDSCHEID, op. cit., II, § 477; SCHUPFER, op. cit., pag. 46 e segg.

(*) Una figura processuale affine a quella della *denunciatio litis* era quella, che prese poi nel diritto comune il nome di *nominatio auctoris,* in forza della quale chi era convenuto per rivendicazione di un immobile ch'egli possedeva *alieno nomine,* aveva diritto di dire in giudizio il nome di colui per il quale possedeva, allo scopo di farlo venire al suo posto. Siccome, secondo l'opinione espressa

B) — Antichi diritti germanici

§ 1. — *Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione mobiliare.*

24. — Forme del tutto diverse da quelle del diritto romano ebbe nei diritti germanici il procedimento di rivendicazione mobiliare (42). Allorchè una cosa mobile usciva dalle mani del suo proprietario senza o contro la volontà di lui, egli aveva diritto di rivendicarla contro ogni terzo, secondo il principio « *ubi rem meam invenio, ibi eam vindico* ». Il proprietario della cosa sottratta a lui o per furto o per caso fortuito, ne faceva ricerca (*investigatio*) e, quando la ritrovava, vi poneva sopra solennemente la mano e invitava il pos-

---

da Ulpiano (L. 9, D. *de r. vind.*, VI, 1), l'azione di rivendicazione poteva essere esercitata anche contro il semplice detentore e non soltanto, come voleva Pegaso (citato da Ulpiano), contro il possessore civile, cotal detentore che si trovasse convenuto per un'azione di rivendicazione non aveva davanti a sè che due vie: o sodisfare le richieste del rivendicante, e allora lo minacciava un'azione di danni da parte del suo autore, o sostenere e condurre a termine un processo che non lo interessava. Per rimediare a tali svantaggi che gravavano sul detentore *alieno nomine* di una cosa oggetto di rivendicazione, ed anche per giovare all'autore che aveva interesse a portar tutti i mezzi in difesa in una lite ove si disputava di una cosa sua, Costantino emanò nel 331 la costituzione, che fu poi nel Codice Giustinianeo la l. 2, *ubi in rem actio*, III, 19: « *Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, l'tem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare* etc. ». In forza di questa costituzione il possessore in nome altrui di un immobile può (e, di fronte al suo autore, *deve*) nominare subito, alla prima udienza, il possessore mediato, affinchè il giudice gli dia un termine per informare costui della lite. Se dentro il termine assegnato l'autore nominato non compare ad assumersi la lite, il giudice deve aver cura di farlo formalmente invitare; e, se anche ciò rimane senza risultato, dopo un esame sommario delle cose, il giudice deve permettere al rivendicante di entrare nel possesso della cosa controversa, salvo al proprietario assente far poi valere tutti i suoi diritti in merito. Con questa facoltà di riferirsi al proprio autore, il detentore aveva il modo di liberarsi da un processo al quale egli non aveva interesse, senza per questo cadere in responsabilità di fronte all'autore; l'autore aveva il vantaggio di potersi assumer la lite o, qualora non lo volesse, di aver riservato ogni diritto sul merito; e, anche al rivendicante, dalla *nominatio auctoris* veniva il vantaggio di poter sapere il nome del vero proprietario (avanti, Cap. III).

(42) V. *Lex Salica*, tit. XLVII « *de filtortis qui salica lege vivunt* » (v. anche il tit. « *de vestigio minando* »); *Lex Ribuaria*, XXXIII (o XXXV), « *de intertiare* » (Ed. Sohm, Hannover, 1883, pag. 63). Leggi Longobardiche: *Edict. Roth.*, cap. 231 « *de ancilla comparata* », e cap. 232 « *de caballo comparato* »; *Leg. Long. Ottonis*, I, cap. 7 « *de rebus intertiatis* » (v. Padelletti, *Fontes iuris italici medii aevi*, Torino, 1877, I, pag. 121 e segg.). V. sull'argomento Del Vecchio, *Rivendicazione di cose mobili* (*Arch. giur.*, 1878), dal quale sono attinte quasi tutte le notizie riportate nel testo.

sessore a seguirlo dinanzi al giudice per la decisione della controversia. Aveva allora luogo una speciale forma di procedimento che dicevasi *intertiatio,* espressione sul cui vero significato si disputa (43): in esso il convenuto poteva:

a) consentire a render la cosa, sol dimostrando di non averla rubata, per sfuggire alla pena del furto;

b) opporre alla *vindicatio* una *contravindicatio;*

c) o, finalmente (nel che consisteva in senso specifico la *intertiatio*), riferirsi a un terzo, asserendo di aver da lui acquistata in modo legittimo la cosa controversa.

Il venditore di una cosa aveva il dovere di entrare nel procedimento nel caso che un terzo si presentasse ad impugnar la proprietà della cosa da lui venduta; nasceva così da parte del compratore convenuto, una vera e propria chiamata in garantia (*advocatio ad warantum*) (44), la quale non era rivolta tanto a contrastar la domanda del rivendicante, quanto a far sì che l'autore venisse ad assumer sopra di sè le conseguenze del processo.

Esaminiamo brevemente il procedimento col quale il convenuto in rivendicazione esercitava il suo diritto di riferirsi a un terzo.

25. — Dinanzi al giudice, presso il quale il rivendicante aveva addotto il possessore della cosa interziata, all'attore che richiedeva la cosa sua il convenuto rispondeva nominando colui dal quale l'aveva acquistata. Diceva, per esempio, il *prolocutor* dell'attore (45):

— *Petre, te appellat Martinus* (actor), *quod tu* (reus) *tenes sibi malo ordine Mariam suam ancillam.*

E rispondeva il convenuto o chi per lui:

— *Non debes adversus me placitare, quia ego comparavi ipsam ancillam de Dominico.*

Detto così il nome del venditore, il convenuto doveva indicarne

---

(43) È stato sostenuto da diversi scrittori che la parola significasse: la consegna dell'oggetto ad un terzo fino al termine della lite; la prova data con un giuramento *sibi tertius;* il mettere la mano sulla cosa colla proibizione d'alienarla; l'obbligo di presentare il proprio autore; il perseguitare la cosa di terzo in terzo; il rivendicare la cosa contro ogni terzo con permissione all'avversario di chiamare in garantia il suo autore. Le ultime due spiegazioni, la prima del Pertile, la seconda del Siciliano, sono le più fondate. V. Pertile, *Storia del diritto italiano* (Torino, 1892), IV, § 140, nota 1; Siciliano, « *Intertiatio* » (*Dig. it.*, XIII); Del Vecchio, scritto citato, pag. 254.

(44) Nelle leggi longobardiche si trova per la prima volta la parola *warrens* o *garrens* nel significato di « garante ».

(45) Formula all'*Edict. Roth.*, 231, *de ancilla comparata,* citata dal Del Vecchio, pag. 256 (v. Padelletti, op. cit., pag. 121).

il domicilio e formalmente promettere di presentarlo davanti al giudice.

Il termine, entro il quale tale presentazione doveva avvenire, era diverso secondo le leggi dei diversi popoli, e, in ciascuna legge, secondo la diversa distanza tra la dimora del convenuto e quella del suo autore (46). In quanto al luogo dove tale presentazione doveva esser fatta, c'era una perfetta opposizione tra il diritto franco e il diritto longobardo; per quello (47), il convenuto doveva presentare il suo garante al proprio tribunale, là dove la cosa era stata interziata, il quale restava competente fino alla definitiva risoluzione della lite; per questo, invece, l'attore doveva seguire il convenuto al foro dell'autore (48), ancorchè questi abitasse in diverso circolo giudiziario, e, in conformità, anche l'oggetto in questione doveva esser portato dinanzi a questo Tribunale. Il diritto anglo-sassone, nel quale vigeva più anticamente un sistema intermedio, si uniformò poi al sistema franco.

Presentatosi, nel tempo e nel luogo prescritto, l'autore dinanzi all'attore rivendicante e al convenuto possessore dell'oggetto interziato, quest'ultimo gli domandava, a mo' d'esempio:

— *Vendidisti tu mihi ipsam ancillam?*

Al che l'autore poteva rispondere:

— *Ego tibi vendidi et volo stare in auctorem.*

Oppure:

— *Warens sum* (49).

Con questa risposta l'autore diventava senz'altro il legittimo ed unico contraddittore dell'attore rivendicante; il convenuto originario era senz'altro messo fuori di causa (50), nè poteva, a differenza di quello che accadeva nel diritto romano, limitarsi l'autore a una semplice assistenza. Ma il convenuto, messo fuori di causa e liberato così dall'accusa di furto, aveva anche il diritto di ottenere dal venditore il rifacimento del danno subìto. Insegna il Pertile (51) che

---

(46) Per i Longobardi, il Del Vecchio congettura, nel silenzio dell'Editto, un termine diverso secondo le distanze; la Legge Salica pone un termine di 40-80 notti, secondo che il domicilio dei litiganti sia *intra* o *citra Ligerim et Carbonariam* (*Lex Salica*, loc. cit., § 1); la Legge Ripuaria 14-40-80 notti, secondo che l'autore abiti « *intra ducatum, foris ducatum, extra renium* » (*Lex Rib.*, loc. cit., 1); lo Specchio Sassone 14 notti in generale (II, 36, § 5); le Leggi Anglo-Sassoni varî termini a seconda della distanza.

(47) *L. Salica*, XLVII, 2; *Rib.*, XXXIII, 1.

(48) *Edict. Roth.*, 231; *Ott.*, I, 7.

(49) *Formula* ad *Ott.*, I, 7.

(50) « *Si possidens auctorem habuerit, non exercetur actio contra tenentem, sed pocius contra auctorem* » (Glossa ad *Edict. Roth.*, 232).

(51) Op. cit., IV, pag. 252.

l'autore, per il solo fatto di aver riconosciuto la sua qualità e di avere assunto sopra di sè la lite, doveva riprendersi la cosa controversa, restituendone subito al convenuto originario il prezzo; il DEL VECCHIO, invece, reputa che l'obbligo dell'autore a rifare i danni dell'evizione sorgesse soltanto quando egli, nel processo che assumeva, non aveva valide obiezioni da opporre all'interziante (52). In ogni modo, l'una o l'altra opinione essendo la vera, certo è che il danno della evizione si limitava al prezzo di acquisto (53), la cui restituzione doveva avvenire nello stesso giudizio.

Venuti di fronte il rivendicante e l'autore, si rinnovava tra loro il processo, come tra il rivendicante e il garantito; il nuovo convenuto poteva quindi, tra le diverse eccezioni che gli competevano, riferirsi a sua volta ad un terzo autore; e questi, intervenuto alla sua volta in giudizio, poteva far lo stesso. Così di mano in mano, la cosa risaliva fino al vero responsabile: « *De manu in manu ambulare debet usque dum ad eam manum veniat quae cum inlicito ordine vendidit vel furavit* » (54); finchè, in ultimo, colui che resultasse essere stato veramente il ladro, doveva non solo restituire al padrone la cosa rubata, non solo restituire all'immediato suo successore il prezzo della cosa illecitamente vendutagli, ma anche subire una pena pecuniaria di furto.

Nelle leggi meno antiche, a limitare il disagio di tale lungo procedimento, la persecuzione fu limitata alla terza mano e alla terza contea, sicchè il terzo autore non aveva più diritto di richiamarsi a colui dal quale aveva acquistato la cosa interziata e per non soccombere doveva portare altre prove, mentre d'altra parte, nessuno era tenuto a presentare il proprio autore se abitava più lontano di tre contee (55) (*).

---

(52) Loc. cit., pag. 273.

(53) *Edict. Roth.*, 231: « *Tunc auctor si vindicare non potuerit ... reddat praetium tantum, quantum in die illa, quando eam tradaedit, accepit* ».

(54) *Lex Rip.*, LXXII, 1.

(55) *Ott.*, I, 7: « *et super tertium warentem et tertium comitatum non procedat* ».

(*) Questo modo di perseguire le cose rubate mobili di mano in mano non è esclusivo delle antiche procedure germaniche. Qualcosa di simile trovavasi nel prisco diritto romano, allo scopo di far ritrovare al derubato la propria cosa, e presso popoli primitivi si hanno esempî di procedimenti somiglianti. Per es. il RECLUS (*Nuova Geografia Universale*, trad. BRUNIALTI, vol. VI, pag. 157) riferisce questa costumanza degli Scetseni, popolazioni del Caucaso Orientale: « Quando un montanaro s'accorge che il suo cavallo è scomparso, si munisce delle sue armi, si camuffa con una di quelle stoffe di lana bianca che servono di lenzuolo, piglia una moneta per pagare un prete, che reciterà le preghiere dei morti, e si pone in cerca dell'animale. Quasi sempre il ladro si è affrettato a sbarazzarsene,

§ 2. — *Diritto di riferirsi al proprio autore nella rivendicazione immobiliare.*

26. — Accanto alla procedura di *intertiatio,* che era riservata alla rivendicazione delle cose mobili, si ebbe, nei diritti germanici meno antichi, una procedura analoga per la rivendicazione degli immobili (56).

Nelle più antiche procedure, delle quali si hanno tracce nelle leggi dei Baiuvari e degli Alamanni (57), in tutte quelle solenni formalità che avevano luogo nel processo di rivendicazione intentato da un terzo contro l'acquirente di un fondo, interveniva sempre come garante il venditore, a sostenere colla parola ed occorrendo colle armi, la legittimità della vendita da lui fatta.

Nel diritto longobardo, quando contro l'acquirente di un fondo era mossa rivendicazione da un terzo, egli doveva riferirsi al suo autore, affinchè costui assumesse il processo. Così si esprime una importante formula longobardica (58), in relazione allo svolgimento del diritto longobardico in Italia: « *Langobardus semper dat auctorem, et nunquam stat loco auctoris; at Romanus semper stat loco auctoris, et nunquam dat auctorem* »; tal formula sembra voler significare che, mentre per il diritto romano il compratore che avesse denunziato la lite poteva poi sostenere da sè il processo contro il rivendicante e respingerlo con tutti i mezzi a sua disposizione, per diritto longobardo « era sempre necessario addurre in giudizio l'autore quando uno ve n'era e nessuno che aveva un autore poteva litigar da sè solo, se non si fosse già in lui compiuta la usucapione » (59). Contro tale interpretazione lo SCHUPFER (60) riferisce dei documenti per dimostrare che, anche nel diritto longobardo, il convenuto poteva efficacemente difendersi con altri mezzi diversi dal produrre il proprio autore; secondo questo scrittore la formula sopra ricordata, senza stabilire una regola di diritto, allude soltanto alla

---

vendendolo a qualche *clan* lontano. Alla vista dell'antico proprietario, armato per un combattimento a morte, il nuovo possessore restituisce il cavallo, prende alla sua volta il lenzuolo e la moneta, e va a presentarsi al venditore. Forse è il ladro. Allora viene chiamato il prete e la lotta mortale si appresta. Ma se il venditore fu egli ingannato, tocca a lui mettersi in cammino e presentare i suoi terribili simboli del combattimento ad ultimo sangue. Così, di visita in visita, la morte finisce a trovar la sua vittima ».

(56) V. PERTILE, op. cit., IV, pag. 259 e segg.

(57) SCHUPFER, « *Allodio* » (*Dig. it.*, II, n. 55); PERTILE, op. cit., IV, pag. 262.

(58) Form. ad *Roth.*, 234.

(59) PERTILE, op. cit., IV, pag. 259.

(60) Op. cit., n. 56.

pratica quasi generale per cui i Longobardi solevano, per comodità e non per obbligo, richiamarsi al proprio autore (61).

La vera differenza tra il diritto longobardo e il romano consisteva piuttosto, secondo lo SCHUPFER, in questo: che, mentre nel diritto romano l'unica formalità cui il compratore era tenuto per conservar la sua azione di regresso contro il venditore era la denunzia della lite, anche se questa non fosse poi seguìta dal rispettivo intervento dell'autore e dall'assunzione della causa da parte di lui, nel diritto longobardico il convenuto, se voleva valersi della sua azione di garantia contro il venditore, doveva in ogni modo cedere a lui il suo posto nel giudizio: se no, qualora egli convenuto volesse continuar la causa da sè, perdeva ogni ulteriore diritto di regresso contro il suo autore.

Anche nel processo di rivendicazione immobiliare l'autore intervenuto veniva rimesso in possesso dell'oggetto controverso e contro di lui esclusivamente si svolgeva da quel momento la lite. Se non che talvolta era così scomodo presentare il proprio autore, che il convenuto rinunciava senz'altro a difendersi, per sfuggire alla difficoltosa procedura (62); ed anche, per evitarla, solevano le parti mettere nei contratti di compra-vendita una clausola colla quale il venditore si obbligava a star garante senza bisogno che il compratore, in caso di una rivendicazione, lo avvertisse del giudizio: in tal caso, allora, il compratore poteva difendersi da sè, senza per questo perdere il diritto di regresso contro l'autore (63).

---

(61) Su quest'argomento si veda TAMASSIA, *La « defensio » nei documenti medievali italiani* (*Arch. giur.*, 1904, pag. 449), che corrobora con numerosi documenti la interpretazione dello SCHUPFER. Egli osserva che alla stipulazione della *dupla* si sostituisce in tutta Italia nel secolo VIII l'obbligo della *defensio* da parte del venditore, in forza della quale il venditore prometteva espressamente di difendere il compratore in giudizio, mettendolo fuori di causa; e ciò per un fenomeno comune a tutte le provincie dell'Impero Romano, nelle quali, per le cambiate modalità della vendita, si cercò di trasformare la facoltà del venditore di assistere il compratore in giudizio in un vero e proprio obbligo. Cosicchè il fatto che l'autore fosse obbligato o no alla *defensio*, e che il compratore convenuto potesse esser messo o no fuori di causa non derivava già dall'applicazione del diritto longobardo piuttosto che di quello romano, ma derivava esclusivamente dalla posizione che l'*auctor* aveva preso nella carta di vendita, obbligandosi o no a prestare la *defensio*.

(62) V. documento riferito dal PERTILE, op. cit., IV, pag. 262, nota 46.

(63) SCHUPFER, op. cit., n. 57; PERTILE, *ibidem*, nota 47.

§ 3. — *Natura del procedimento con cui si esercitava questo diritto.*

27. — Dalle notizie brevemente sopra riassunte appare la profonda differenza che passa tra la *denunciatio litis* del diritto romano e il procedimento per riferirsi al proprio autore degli antichi diritti germanici.

Anzitutto, la natura dell'obbligazione, che incombe al garante in favor del garantito, ha nei diritti germanici un carattere di obbligazione di difesa, che non si trova nel diritto romano (dietro, n. 19); in secondo luogo, mentre la *denunciatio litis* del diritto romano non implica mai una contemporanea proposizione dell'azione di regresso contro l'autore, la *advocatio ad warantum* dei diritti germanici contiene in sè una vera e propria azione di garantia: essa infatti, secondo quello che scrive il DEL VECCHIO (64), « s'ha da considerare non solo come mezzo di difesa contro l'attore, ma eziandio come mezzo di attacco contro un terzo estraneo al processo e che vi si chiama ad intervenire ».

In conseguenza di tale natura fondamentale, possiamo trovare nel procedimento germanico con cui il convenuto si riferisce al suo autore, i germi rudimentali dei due caratteri che vedremo proprî della nostra chiamata in garantia, in contrapposto colla romana denunzia di lite: la possibilità, cioè, di proporre l'azione di garantia *prima* che si sia verificata la soccombenza nella causa principale; e la contemporanea decisione in uno stesso giudizio dell'azione di garantia *insieme* coll'azione di rivendicazione. Infatti nelle procedure germaniche quando il convenuto chiamava in giudizio a difesa il proprio autore, nulla ancora era stato deciso sull'azione principale di rivendicazione, in modo che il garante, sostituendosi al garantito di fronte al rivendicante, aveva lo scopo e la possibilità di far riconoscere il diritto del garantito sulla cosa in questione; ma se, in questo giudizio, il garante non riusciva a dimostrare infondata la pretesa dell'attore, il riconoscimento del diritto dell'attore a ricever la cosa sua (domanda principale) voleva dire contemporaneo riconoscimento del diritto del garantito a riavere il prezzo della cosa rivendicata (domanda di garantia).

---

(64) Scritto citato, pag. 255.

C) — Diritto francese

28. — Il procedimento che abbiamo visto proprio dei diritti germanici in tema di garantia, se non ebbe fortuna in Italia (avanti, n. 33), passò, senza alterare le sue caratteristiche processuali, nella pratica del *droit coutumier* francese; e già nello *Stylus Curiae Parlamenti* e nei processi particolari l'azione di garantia si trova disciplinata con regole delle quali è evidente la derivazione germanica (65).

Nella procedura così detta *feudale* (66), nel novero delle eccezioni dilatorie hanno una parte importantissima i *jours*, rinvii del processo accordati al convenuto per ragioni di diversa indole: accanto al *jour de conseil*, dato al convenuto per deliberare sulla sua difesa, e al *jour de vue*, concesso per portare in giudizio la cosa litigiosa, aveasi il *jour de garant*, concesso al convenuto per chiamare il proprio garante, quasi sempre in materia reale — anticamente solo in materia mobiliare (67), poi, dal XIV secolo (68), anche in materia immobiliare — e soltanto raramente in materia personale (69). Il convenuto che volesse chiamare un garante chiedeva al giudice — prima della litiscontestazione secondo la Consuetudine di Tolosa (70) — un termine, quando questo garante non fosse già in causa: il termine non poteva essere minore di quaranta giorni e poteva prolungarsi fino ad un anno e un giorno. Nelle procedure più antiche il convenuto, nel chiedere questa dilazione, doveva espressamente obbligarsi a sostenere da sè la lite (*proposer ses bonnes raisons*), se il garante non compariva, poichè altrimenti, in mancanza di questa espressa obbligazione, la non comparizione del garante faceva perdere la

---

(65) Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (in *Saggi di Diritto proc. civ.*, 1904), pag. 164, nota 115; Schwalbach, *Der Civilprocess der Pariser Parlaments*, Freiburg und Tubingen, 1881, pag. 50 e segg.; Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, Paris, 1895, VI, pag. 510 e segg.; Carré de Malberg, *Histoire de l'exception*, Paris, 1888, pag. 247 e segg.; Tardif, *La procédure civile et criminelle aux XIII et XIV siècles*, Paris, 1885, pag. 85 e segg. V. altresì, per il riferimento delle fonti, Del Vecchio, scritto citato, pag. 282; Beaumenoir, *Les Coutumes du Beauvoisis*, II, art. 46; *Coutume d'Orléans*, art. 454; Consuetudini di Britannia (comm. da Bertrando d'Argentré, *Parisiis*, 1608), Tit. VII, « *Des garends et requestes* », art. 145-152; *Coutumes du Bailliage de St. Mihiel*, Tit. VI, art. 31, « *Des delais d'avis, garand, etc.* »; *Coutumes générales du Duché de Lorraine*, Tit. V, « *des Garants* », art. I-X.

(66) Carré de Malberg, op. cit., pag. 247.

(67) Id., pag. 267.

(68) Del Vecchio, scritto citato.

(69) Glasson, op. cit., t. VI, pag. 511.

(70) Tardif, op. cit., pag. 85.

causa al garantito. In seguito, un'Ordinanza del 1363 abolì simile rigorosa decadenza.

Se un termine non bastava, se ne accordava un secondo: il garante, una volta comparso, assumeva la lite del garantito, e, se la perdeva, ne pagava le spese. Il *jour de garant* era da prima specialmente importante in materia di rivendicazione di cose mobili rubate, a similitudine della antica *intertiatio:* il garante chiamato in causa poteva alla sua volta chiamarne un altro, e questi un terzo, oltre il quale, però, dalle consuetudini più antiche si negava ulteriore facoltà di chiamar garante.

29. — La concessione dei termini riusciva utilissima al convenuto che aveva mezzo di preparare così convenientemente la propria difesa; ma molte volte essa dava luogo a gravi abusi, per i quali il processo veniva oltre misura mandato in lungo. Per questa ragione i re francesi nelle loro Ordinanze cercarono di impedire in qualche modo nel Parlamento di Parigi gli abusi ai quali dava luogo la concessione di simili *delais*; cosicchè, nelle prime Ordinanze, l'azione di garantia è contemplata soltanto in relazione al rinvio che da essa derivava al processo. L'Ordinanza del 1363, nel suo art. 5, stabiliva che i termini da accordarsi ai convenuti non dovevano più eccedere la durata di un anno. In una Ordinanza del 1453, emanata da Carlo VII, sotto il titolo *Dez delaiz* era stabilito all'art. XLI che per chiamare in causa il garante non si doveva da allora in poi conceder mai più di un rinvio: « ... *avons ordonné et ordonnons que doresnavant en notre cour de parlement ne sera donné qu'une dilation pour garant, pour veüe ou pour sommation de garant...* » (71).

Qualcosa di più intorno alla garantia si trova nella Ordinanza di Villers Cotterêts, pubblicata da Francesco I nel 1539. In essa era testualmente stabilito:

Art. XVIII. — « *Et defendons tous autres delaiz... fors seulement le delay d'amener garant, si la matière est disposée: auquel cas y aura un seul delay, pour amener ledict garant, qui sera adiourné a ceste fin, par adiournement libellé comme dessus* ».

Art. XIX. — « *Et si ledict garant compare, et veut prendre la garentie, il sera tenu de ce faire au jour de la première assignation et contester; sinon qu'il voulsist amener autre garant, pourquoy luy*

---

(71) Così Carlo VII si lagna in questa Ordinanza degli abusi ai quali dava luogo la chiamata del garante: « *Durant les guerres et divisions de nostre Royaume, les parties ont demandé plusieurs delaiz de garant, et disoient qu'au dedans des delaiz, qui leur avoient esté baillez, ilz n'avoient peu faire lesdites sommations; pourquoy les procez ont esté moult allongez et differez* ».

serait pourveu d'un autre seul delay, et de commission libellée comme dessus ».

Art. XX. — « *Que la sentence et jougements donnez contre le garant seront executoires contre le garantiz, toute ainsi que contre le condamnez, sauf des despenses, dommages, et interest, dont la liquidation et execution se fera contre le garant seulement* » (72).

30. — Indipendentemente dal rinvio che l'azione di garantia produceva nel processo, si deve notare, per quel che riguarda la natura intrinseca dei rapporti tra garantito e garante, che nella pratica francese colui che voleva in un processo riferirsi al proprio garante aveva a sua scelta due mezzi: o una semplice *sommation à garand*, ch'era in sostanza una denunzia di lite colla quale si invitava il garante a venire a prestar la difesa; o una *conclusion de requeste formelle*, colla quale il garantito chiedeva che il garante « *face cesser le procès, autrement et à faulte de ce, qu'il soit condamné es dommages et intérest* ». Se il garantito si valeva del primo mezzo, il garante era libero di prestare la difesa o di rifiutarsi col dire semplicemente: « *Je me garderay de mesprendre* » (73); in questo ultimo caso, il garantito era costretto a proseguir la lite « *à perils et fortunes* » del garante (74), salvo a proporre poi, quando in questa lite fosse restato soccombente, l'azione di garantia in separato giudizio, dinanzi al foro naturale del garante; se al contrario, il garantito si valeva del secondo mezzo, poteva far condannare il garante, in quello stesso giudizio nel quale lo aveva inutilmente chiamato, a rilevarlo dei danni della soccombenza (75).

31. — In questa seconda forma usata per esercitare l'azione di garantia (*conclusion de requeste formelle*), la quale è la vera origine della chiamata in garantia del moderno diritto francese e italiano, si manifesta chiaro l'influsso del diritto germanico, in opposizione colle regole del diritto romano.

---

(72) V. un commento di queste disposizioni in MASUERII, *Practica forensis*, già citata (*Tractatus de dilationibus*, nn. 17-23), e in REBUFFE, *Tract. de dilationibus*, già citato, pag. 818.

(73) MASUERII, op. cit., n. 18; REBUFFE, op. cit., art. IV, glossa una, n. 5.

(74) MASUERII, *ibid.*

(75) IMBERTUS, *Inst. forens, gallic.*, lib. I, cap. 20: « Nul ne compare en l'adjournement à luy baillé en gariment s'il ne veut, et n'est tenu payer aucuns despans ni amende de deffaut qu'il faict; au moins si non après qu'il est succombé en la requeste formelle contre luy intenté faut d'avoir prins le gariment ». Il REBUFFE, loc. cit., riporta per intero la formula più di frequente usata per questa *requeste formelle*. V. CALLETIUS, op. cit., cap. II; FUCHS, *op. cit.*, § 13; GALLUPPI, op. cit., n. 72-73.

Il CALLETIUS (76), in un capitolo mirabile per chiarezza del suo trattato *De evictionibus* (« *Differentia inter ius civile et hodiernum circa quaestionem an ante evictionem agi possit* »), rileva per il primo con precisione la duplice differenza tra il processo romano, nel quale l'azione di garantia potevasi far valere soltanto dopo avvenuta l'evizione e soltanto dinanzi al giudice naturale del garante, e la pratica francese, nella quale l'azione di garantia si poteva, per mezzo della *requeste formelle*, esperimentare prima che la soccombenza nella causa principale si fosse verificata e dinanzi allo stesso giudice di questa causa principale investito.

In quanto alla prima differenza, « *illa intentio, sive conclusio* — dice il CALLETIUS di cui è opportuno riferir la parola — *nihil est aliud quam ipsa de evictione actio, quae hodie pendente rei controversia movetur, sed etiam peragitur ante evictionem, quia condemnari solet auctor emptorem defendere, vel eum indemnem praestare si non defenderit...* QUAE OMNIA CONTRA IUS ROMANUM RECEPTA SUNT, ET NOVO IURE INTRODUCTA... ».

E in quanto alla seconda differenza, lo stesso autore così si esprime: « *Jure romano venditor denunciatus si velit emptorem defendere et causam agere, non utitur quidem privilegio fori, adversus eum qui rem petit, sed cogitur emptoris judicem sequi; sed finito judicio et re evicta, actione de evictione conveniendus erat apud suum judicem, ex generali regula, qua actor forum rei sequi debet. Iure vero nostro, quia receptum est, ut pendente controversia venditori denuncietur, et conveniatur in id quod interest,* SIMUL ETIAM RECEPTUM EST, UT NEQUIDEM QUANTUM AD CONDEMNATIONEM IN ID QUOD INTEREST POSSIT VENDITOR DECLINARE FORUM » (77).

Queste due essenziali differenze che della chiamata in causa del garante nel diritto francese fanno una figura processuale interamente diversa dalla latina *denunciatio litis*, derivarono, come il CALLETIUS nota, dalla pratica consuetudinaria, la quale evidentemente, in opposizione alle regole del diritto romano professate dai giureconsulti, subiva l'influsso delle antiche procedure franche.

32. — Non mancarono quindi, contro questo modo di esercitare l'azione di garantia, le proteste di chi voleva rispettate nella loro integrità le norme del classico diritto romano; il FABRO lo chiamò « *inveteratus pragmaticorum error* » (78) e il DE MEAN « *stolidissi-*

---

(76) Op. cit., cap. II.

(77) V. anche POTHIER, *De la vente*, n. 108.

(78) *Codex Fabrianus*, libr. III, tit. XII, def. I.

mum et ineptissimum omnium errorum, quotquot pragmaticorum inscitia vel induxit, vel admisit » (79).

Ma, nonostanti simili proteste, la pratica finì col prevalere sulla teoria; e poichè in Francia era ammesso ormai generalmente nell'uso che il chiamato in garantia non potesse sottrarsi al foro competente per la questione principale solo col negare di esser obbligato alla garantia (80), e che la questione di garantia dovesse esser giudicata congiuntamente colla questione di molestia, la celebre Ordinanza emanata nell'aprile del 1667 da Luigi XIV, accolse definitivamente, in opposizione al diritto romano, questo principio fondamentale (avanti, n. 93), secondo il quale chi è chiamato in garantia è obbligato a procedere in quella giurisdizione ov'è pendente la domanda originaria, ancorchè egli neghi di esser garante.

L'Ordinanza del 1667 è la prima legge positiva nella quale l'azione di garantia si trovi regolata da quelle norme processuali che distinguono nel diritto moderno l'istituto della *chiamata in garantia;* e si può dire, anzi, che la chiamata in garantia come organismo processuale dotato di peculiari caratteri abbia cominciato a vivere di propria esistenza in questa Ordinanza, dalla quale essa è passata nel moderno diritto francese, e, come vedremo, nel nostro diritto (81).

L'Ordinanza del 1667 regola la chiamata in garantia nel titolo VIII, « *Des Garants* ». Ivi la garantia è distinta in formale e semplice, e l'esercizio processuale di essa è disciplinato in relazione al *termine,* entro il quale il garante deve esser chiamato, alla *forma* della citazione del garante e della notificazione al terzo molestante, alla *competenza,* all'*assunzione della lite* per parte del garante, alla *messa fuori di causa del garantito,* alle *spese* giudiziarie (*).

---

(79) *Observationes et res judicatae ad jus civile Leodiensium,* obs. CLXXXII, n. 3; lo cita il De Paepe, *op. cit.,* n. 3.

(80) Così ritenevano invece i giureconsulti seguaci del diritto romano. V. Fabro, loc. cit.; Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui,* II, n. 464: « *Negando se obligatum et teneri de evictione, tollit fundamentum jurisdictionis judicis denuntiantis, vel cuius authoritate denuntiari potest* ».

(81) De Paepe, op. cit., n. 4; Fuchs, op. cit., pag. 112; Wach, *Handbuch,* pag. 658; Galluppi, op. cit., n. 74.

(*) Poichè le regole poste dall'Ordinanza del 1667 per la chiamata in garantia sono fondamentali anche nel nostro diritto, è opportuno riferir per esteso le disposizioni del Tit. VIII:

« Art. I. — *Les garants, tant en garantie formelle pour les matières réelles ou hypothequaires, qu'en garantie simple pour toute autre matière, seront assignez sans Commission ou mandement de Juge, en quelque lieu qu'il soient demeurans; si ce n'est en nos Cours, et à l'égard de Juges en dernier ressort, pardevant lesquels l'assignation ne sera donnée qu'en vertu d'Arrest ou Commission.*

« Art. II. — *Le delay pour faire appeller le garant, sera de huitaine du jour*

D) — Diritto comune

33. — Le antiche procedure germaniche, se ebbero un notevole influsso nel *droit coutumier* francese, non ebbero fortuna in Italia.

---

de la signification de l'exploit du demandeur originaire, et encore de tout le temps qui sera necessaire pour appeller le garant, selon la distance du lieu de sa demeure, à raison d'un jour pour dix lieües, et autant pour retirer l'exploit.

« Art. III. — *Si neantmoins le deffendeur originaire est assigné en qualité d'Heritier, et qu'il y ait lieu de luy donner delay pour deliberer, le delay de garant ne commencera que du jour que le delay pour deliberer sera expiré: ce qui sera pareillement observé à l'égard des Vesves, qui seront assignées en qualité de Communes.*

« Art. IV. — *L'exploit en garantie sera libellé, contiendra sommairement les moyens du demandeur, avec la copie des pièces justificatives de la garantie, de l'exploit du demandeur originaire, et des pièces dont il aura donné copie, et y seront observées les autres formalitez ordonnées pour les adjournements.*

« Art. V. — *Si le delay de l'assignation en garantie n'est écheu en mesme temps que celuy de la demande originaire, il ne sera pris aucun defaut contre le deffendeur originaire, en donnant par luy au demandeur copie de l'exploit de la demande en garantie, et des pièces justificatives.*

« Art. VI. — *Si le demandeur originaire soustient qu'il n'y a lieu au delay pour appeller garant, l'incident sera jugé sommairement en l'Audience.*

« Art. VII. — *Il n'y aura point d'autre delay d'amener garant en quelque matière que ce soit, sous pretexte de minorité, bien d'Eglise, ou autre cause privilegiée, sauf après le jugement de la demande principale à poursuivre le garants.*

« Art. VIII. — *Ceux qui seront assignez en garantie formelle, ou simple, seront tenus de proceder en la Iurisdiction où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils denient estre garants; si ce n'est que le garant soit privilegié, et qu'il demande son renvoy pardevant le Juge de son privilege. Mais s'il paroist par écrit, ou par l'evidence du fait, que la demande originaire n'ait ésté formé que pour traduire le garant hors de sa Iurisdiction; enjoignons aux Juges de renvoyer la cause pardevant ceux qui en doivent connoistre; et en cas de contravention, pourront les Juges estre intimez, et pris à partie en leur nom.*

« Art. IX. — *En garantie formelle, les garants pourront prendre le fait et cause pour le garanty, lequel sera mis hors de cause, s'il le requiert avant la contestation*

« Art. X. — *Encore que le garanty ait estré mis hors de cause, il pourra y assister pour la conservation de ses droits.*

« Art. XI. — *Les jugements rendus contre les garants, seront executoires contre le garantis, sauf pour les dépens, dommages et interest, dont la liquidation et execution ne sera faite que contre les garants, et suffira de signifier le Jugement aux garantis, soit qu'ils ayent esté mis hors de cause, ou qu'ils y aient assisté, sans autre demande ny procedure.*

« Art. XII. — *En garantie simple, les garants ne pourront prendre le fait et cause; mais seulement intervenir, si bon leur semble.*

« Art. XIII. — *Si la demande principale, et celle en garantie, sont en mesme temps en estat d'estre jugées, il y sera fait droit conjointement, sinon le demandeur originaire pourra faire juger sa demande séparement trois jours après avoir fait signifier que l'instance principale est en estat; et le mesme Jugement pro-*

ove esse dovettero cedere totalmente il posto al processo romano, quando a cominciare dall'XI secolo, gli studî del diritto classico tornarono in onore. Anche per le forme processuali dell'azione di garantia, il procedimento germanico della *intertiatio* fu interamente abbandonato; già in una formula aggiunta all'Editto di Rotari si trova detto, a proposito di questo procedimento, che « *ita fit appellatio secundum asinos* » (82); e, in seguito, la romana *denunciatio litis* ebbe ovunque il sopravvento e fu generalmente disciplinata secondo norme tratte dalle Fonti giustinianee.

Si comprende, ciò premesso, come nelle leggi processuali statutarie, il diritto di riferirsi al proprio autore non si trovi particolarmente disciplinato, o si trovi disciplinato in corrispondenza delle classiche regole dell'antico processo romano (83).

34. — Ciò nondimeno la denunzia di lite, se nominalmente conservava il profilo romano, andava a poco a poco svolgendosi e assumendo caratteri nuovi, sia nelle forme estrinseche, sia nella fondamentale sostanza.

Tra i caratteri formali che la denunzia di lite acquistò nel processo comune, si può citare, per esempio, la idoneità, che le fu riconosciuta, a far sospendere il giudizio, affinchè l'autore avesse tempo di intervenire efficacemente a prestar la difesa. Nacque così, dalla denunzia di lite, una *dilatio,* che il Duranti (84) qualifica *denunciatoria,* alla quale il convenuto aveva diritto per mettere in

---

noncera sur la disjonction, si les deux instances originaires, et en garantie avoient esté jointes, sauf après le jugement du principal à faire droit sur la garantie, s'il y échet.

« Art. XIV. — *Les garants qui succomberont, seront condamnez aux dépens de la cause principale du jous de la sommation seulement, et non de ceux faits auparavant, sinon de l'exploit de demande originaire.*

« Art. XV. — *Les mesmes delais qui auront esté donnez pour le premier garant, seront gardez a l'égard du second: et s'il y a plusieurs garants interessez en une mesme garantie, il n'y aura qu'un seul delay pour tous, qui sera reglé selon la demeure du garant le plus éloigné* ».

V. disposizioni simili a queste, ma meno diffuse, nella Ordinanza per l'amministrazione della giustizia in Lorena, novembre 1707 (Tit. II, *Des delais,* art. 12-16).

(82) *Formula ad Edict. Roth.,* 231.

(83) V. Pertile, op. cit., IV, pag. 254; Ciccaglione, *Storia del diritto italiano,* vol. I (1884), pag. 543; Lattes, *Diritto consuetudinario delle città lombarde,* 1899, pag. 209. Ho già avvertito che i limiti di questo studio non mi consentono di fare indagini speciali nelle Fonti. Gli statuti citati dal Ciccaglione (Stat. Rom., I, 119; civ. Pap., 20; Med., I, 69; Cremona, 332) si riferiscono forse più particolarmente al caso di *nominatio auctoris.*

(84) *Speculum iuris,* lib. II, parte I, *De dilationibus.*

causa il suo autore; tale dilazione, che CLEMENTE V, nella celebre costituzione *Clementina « saepe »*, proibì nel processo sommario (85), non si trovava contemplata nel diritto romano come una necessaria conseguenza della denunzia di lite, e vi era soltanto ammessa come un caso eccezionale (86).

35. — Ma più che nelle forme estrinseche, la denunzia di lite si modificò nella sua fondamentale sostanza, poichè si modificò nella coscienza giuridica la concezione dell'obbligazione di garantia. Nel diritto romano l'obbligazione che il venditore aveva verso il compratore riguardava soltanto il godimento della cosa e non aveva il valore processuale di una obbligazione di difesa (87): il venditore, cioè, era tenuto a far godere al compratore il pacifico possesso della cosa vendutagli, ma non a difenderlo nel giudizio di molestia; e quando il compratore convenuto in rivendicazione denunciava la lite al suo autore, non voleva così richiedergli la prestazione di una difesa dovuta, ma soltanto metterlo in grado di adoprarsi spontaneamente alla difesa, per evitare a sè stesso l'obbligo di prestar l'evizione dopo avvenuta la soccombenza (dietro, n. 19).

Questo concetto puramente sostanziale dell'obbligazione di prestar l'evizione, si trasformò nella dottrina italiana in un concetto prevalentemente processuale. Prendendo a fondamento alcune espressioni delle Fonti romane, le quali farebbero supporre che il venditore potesse esser *costretto* a difendere il compratore (88), gli scrittori del diritto comune considerarono l'obbligazione di prestar l'evizione come un'obbligazione di prestar la difesa in giudizio, dall'inadempimento della quale nasceva l'obbligazione di risarcire quel danno che, se la difesa fosse stata prestata, non si sarebbe verificato. Il risarcimento del danno che, nell'obbligazione di garantia del diritto romano, costituiva l'oggetto immediato, diventò, nell'obbligazione di garantia del diritto comune, l'oggetto mediato e secondario; e la difesa processuale, che nel diritto romano era una volontaria cautela esercitata dal venditore per liberarsi dal prestar l'evizione, diventò nel diritto comune l'oggetto immediato e principale della obbligazione di garantia. Da questa trasformazione del modo di concepire l'azione di garantia (alla quale contribuì l'uso invalso nell'età media di stipulare

---

(85) CARPZOVIUS, *Processus iuris in foro Saxonico*, tit. IX, art. IV, n. 42-43, citato dal DE PAEPE, op. cit., n. 4.

(86) V. l'esempio della *nominatio auctoris* (dietro, n. 23 nota).

(87) WACH, *Handbuch*, pag. 656.

(88) V. per es. l. 74, § 2, D. *de evict.*, XXI, 2: *« ad rem defendendam venditor conveniri potest »*; l. 75, D. *de procur.*, III, 3: *« cogi venditorem defendere »*, ecc. V. WACH, loc. cit., e FUCHS, op. cit., pag. 106 e segg.

espressamente nelle carte di vendita l'obbligo della *defensio* a carico del venditore) (89), si comprende facilmente come la denunzia di lite, da pura e semplice notificazione, tendesse a trasformarsi in chiamata in causa e in domanda di difesa (90), assumendo così a poco a poco i caratteri di una vera proposizione di azione; il che può rilevarsi dalle parole del MARANTA (91), secondo il quale la denunzia di lite « *non est denunciatio simplex, sed appellatur incitatoria, scilicet ut veniat ad aliquid faciendum* ».

36. — Un'altra importantissima modificazione ai principî del diritto romano si operò gradatamente, per ciò che riguarda il giudice competente a decidere l'azione di garantia.

Abbiamo visto che nel diritto romano vigeva il principio « *venditor emptoris judicem sequi solet* ». Questo principio fu, naturalmente, ripreso dagli scrittori del diritto comune, i quali discussero se potesse applicarsi anche alle persone che godevano di un foro privilegiato, come i chierici ed il fisco. In quanto ai chierici, si ritenne in prevalenza che essi dovessero accettare il foro adito, se chi li chiamava era un compratore, perchè in tal caso « *clericus ad tribunal laicum non trahitur; non enim ipse convenitur, sed emptor, pro quo clericus litem suscipiens tantum fit procurator in rem suam* » (92); mentre potevano revocare la causa al proprio foro, qualora, in forza di una *nominatio auctoris*, fossero chiamati quali proprietarî da chi in loro nome deteneva la cosa controversa (93). In quanto al fisco, la controversia veniva praticamente, se non sempre teoricamente, risoluta in suo favore, annullandosi di fronte a lui ogni regola di giurisdizione privata (94).

---

(89) V. TAMASSIA, scritto citato.

(90) V. DURANTI, op. cit., lib. III, parte III, *De evictionibus*, n. 1, ov'è data una formula di denunzia di lite nella quale il denunziante chiede che il venditore « *debeat sibi defendere, authorizare et expedire* ».

(91) *Speculum aureum* (Venetiis, 1615), *De laudatione*, pag. 342.

(92) MANGILIO, *De evictione tractatus* (Venetiis, 1630), quest. VI, pag. 17 e segg.; BURGUNDII, *Comm. de evictionibus* (Venetiis, 1664), cap. LXVII, pag. 148 e segg.; GUZMAN, *Tract. de evictionibus* (Romae, 1673), quest. VI, n. 44-47; CABALLINI, op. cit., § III, n. 119.

(93) Qualche autore moderno (per es. CHIOVENDA, *Principii*, 3.ª ediz., pag. 604) chiama *laudatio auctoris* quella del possessore immediato che designa il possessore mediato; ma negli scrittori di diritto comune questo istituto processuale è denominato costantemente *nominatio auctoris*, mentre *laudatio auctoris* è la vera e propria denunzia di lite del garantito al garante. V. per es. MARANTA, op. cit., che tratta separatamente « *de laudatione, quinto membro judicii* » e « *de nomine auctoris, sexto membro judicii* » (pag. 339 e 344).

(94) CASTELLARI, op. cit., pag. 270.

Ma, all'infuori di questa regola, che aveva valore, come si è detto (dietro, nn. 20 e 31), soltanto per il giudizio principale di rivendicazione, senza derogare alla ordinaria competenza per l'azione di garantia, si domandarono gli scrittori del diritto comune se il giudice, investito del giudizio di rivendicazione contro il compratore, potesse esser competente anche a giudicare sull'azione di regresso promossa dal compratore contro il venditore garante, quantunque questo venditore fosse sottoposto a una giurisdizione territoriale diversa. E la maggioranza risolse affermativamente tale questione, in vista della opportunità di far decidere a uno stesso giudice due questioni connesse così strettamente. « *Si res evincatur, ille idem iudex evictionis coram quo venditor causam defendit, poterit cognoscere inter emptorem et venditorem, in causa evictionis... quia hoc est in consequentiam primae litis; alias non haberet jurisdictionem* », dice Paolo Castrense (95); il Mangilio: « *Scias autem in praemissis quod evictionis causa pendens in uno tribunali, unienda est cum causa principali, quae agitur coram alio tribunali, ne contingat diversas ferri sententias, quod procedit in diversitate causarum, dato quod rei sint diversi fori* » (96); il Guzman: « *Iudex qui cognovit de causa principali mota contra emptorem, cui venditor assistit, si lata sit sententia contra emptorem, poterit emptor convenire venditorem coram eodem iudice super evictione... Et ratio est, quia hae causae sunt connexae et indicem dependentes, et iudex, qui fuit competens ad cognoscendum de causa principali, efficitur etiam competens ad cognoscendum de connexis et dependentibus a causa principali* » (97); il Caballini: « *Iudex coram quo venditor defendit causam, an poterit cognoscere inter emptorem et venditorem in causa evictionis circa interesse vel poenam dupli? Dicendum est quod sic, quia hoc venit in consequentiam primae litis...* » (98).

Questa risoluzione, evidentemente, andava contro i rigorosi principî del diritto romano: e quantunque non si accogliesse con essa la vera e propria chiamata in garantia del diritto francese, poichè non si giungeva ancora ad ammettere l'esercizio dell'azione di garantia in un *simultaneus processus* colla questione di molestia, ma soltanto si proclamava l'utilità di far decidere, *dopo avvenuta l'evi-*

---

(95) *In primam Dig. Vet. partem - De iudiciis*, lex XLIX (pag. 165-166).

(96) Op. cit., quest. CC, n. 38-40.

(97) Op. cit., quest. VI, n. 44-47.

(98) Op. cit., § III, n. 129. Anche il Rebuffe aveva risolto in questo senso la stessa questione: « *Nam cum* [judex] *de hac causa instructus sit, facilius de ea judicabit.... quippe de ea quam cognovit judex, de ea pronunciare tenetur.* Op. cit., art. V, glossa una, n. 5.

zione, la questione di garantia dallo *idem judex* (99), tuttavia veniva ad ammettersi una deroga a quel principio romano di competenza secondo il quale « *actor sequitur forum rei* ».

37. — Notevole è il fatto che, mentre i giureconsulti francesi videro chiaramente l'opposizione che esisteva tra le classiche regole di diritto e la pratica forense in materia di garantia (dietro, nn. 31-32), i giureconsulti italiani credettero di poter giustificare mediante l'erronea interpretazione di leggi romane questa risoluzione da loro accolta, che contro il diritto romano stava in opposizione palese. Si ha in questo fatto un singolare esempio di quella tendenza comune ai giuristi italiani, per la quale essi erano disposti a fraintendere le leggi romane e « a forzarne la lettera e lo spirito, per trovarvi un appiglio a giustificare e a mantenere in vita istituti germanici ormai radicati nell'uso, dando loro veste romana » (100): sotto l'influsso di quei residui di procedure barbariche ch'erano passati inavvertitamente nel processo italiano, gli scrittori del diritto comune cercavano di trovare nelle Fonti romane quelle regole di procedimento relative all'azione di garantia, la cui origine si doveva ricercare soltanto nell'antico diritto germanico.

Le leggi romane che gli scrittori italiani del diritto comune, sull'autorità di Paolo Castrense, portavano a giustificazione della loro surricordata opinione furono, oltre la l. 49, D. *de jud.*, V, 1, di cui s'è già visto il vero significato, la l. 39 pr., D. *de evict.*, XXI, 2, « *Minor XXV annis fundum vendidit Titio, et eum Titius Sejo: minor se in ea venditione circumscriptum dicit, et impetrat cognitionem non tantum adversum Titium, sed etiam adversum Sejum: Sejus postulabat apud praetorem, utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam. Respondi justam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit, per eundem praetorem et evictionem restitui* »; la l. 4, C. *ubi causae fiscales,* III, 26: « *Cum vendente procuratore meo, emisse te praedia dicas, pretium eorum necessario solvere debes. Cum his vero, quibus mandantibus eadem praedia emisse te et tradidisse dicis agente te, procurator meus, si eius audientiam elegeris, cognoscet, ut pecuniam, quae praetii nomine tibi debetur, et usuras, quae fisco solvendae sunt, consequi possis* »; nonchè, in sottordine, la l. 61, D. *de jud.*, V, 1, e la l. 6, § 3, D. *de edendo,* II, 13. Ma già il Calletius, nel passo ricordato, avvertiva che non si poteva da queste leggi

(99) Il solo Mangilio, nel passo riportato, par che ammetta, oltre che l'*idem judex,* anche il *simultaneus processus.*

(100) Chiovenda, *Principii,* 3.ª ediz., pag. 3; id., *Romanesimo e germanesimo* cit.

trarre una regola generale di competenza che rendesse in ogni caso il giudice della questione principale idoneo a decidere la questione di garantia, poichè nelle citate leggi il giudice diventa competente a decider l'azione di regresso per qualche ragione speciale: così nella citata l. 39, D. *de evict.*, XXI, 2, la causa è trattata dinanzi a un pretore che è competente per territorio tanto per il compratore quanto per il venditore, e nella citata l. 4, C. *ubi causae fiscales*, III, 26, il *procurator Caesaris* è giudice competente, perchè la causa tra il compratore mandatario e il suo mandante si considera fiscale e quindi sottoposta a un foro speciale (101).

38. — Dalla evoluzione che nella coscienza giuridica del diritto comune si era verificata a proposito dell'azione di garantia, si comprende facilmente come in Italia le leggi positive fossero disposte ad accogliere l'istituto processuale della chiamata in garantia.

Già nella prammatica « *Dubitationem circa dilationem* » emanata da FERDINANDO I di Napoli nel 1477, la quale stabilisce che la *dilatio ad citandum authorem* può esser concessa soltanto se l'autore è assente, è disposto che, in caso di assunzione di lite da parte dell'autore chiamato in causa, la sentenza contro il garantito diventi esecutiva anche contro l'autore per ciò che riguarda l'obbligo di prestar l'evizione: « *Sententiam, lata contra reum defensum, contra authorem suum citatum, qui ut defensorem ipsius rei se praebeat, exequutioni mandari volumus, sine alio novo processo, pro his, quae in instrumento defensionis obligatus fuerit* ».

Anche più esplicitamente nei secoli seguenti troviamo che nel processo napoletano e romano l'autore chiamato a difesa che non comparisse, veniva nello stesso giudizio condannato in contumacia a risarcire il danno della mancata difesa.

Per ciò che riguarda il processo napoletano, ANELLO DE SARNO, nella sua *Pratica civile* (102), riferendo la formula della comparsa del compratore contro il venditore: « ... *instat* UNICO ACTU SIMULTANEOQUE PROCESSU, *talem venditorem condemnari, necdum ad pretium... sed ad omnia damna, expensas et interesse* », mostra chiaramente che dell'azione di evizione veniva investito lo stesso giudice investito dell'azione in rivendicazione; e ugual concetto si trova affermato

---

(101) CALLETIUS, loc. cit.

(102) *Novissima praxis civilis* (Napoli, 1717), § XXIV, n. 7; ed ivi, nell'*additio* del RICCI: « *Et tunc si non comparet accusatur contumaciae et in contumacia datur terminus contra auctorem laudatum, et proceditur usque ad sententiam, quae brevi manu exequetur contra ipsum auctorem laudatum pro eadem quantitate ad quam condemnatur principalis laudans* ».

nella *Pratica giudiziaria* del SANFELICE (103). In quanto poi al processo romano, il CAPPUCCI (104) riferisce che, se il chiamato a difesa non compariva, gli veniva assegnato un termine, allo scader del quale il giudice, investito della causa principale, emanava contro di lui un mandato esecutivo per l'obbligazione di garantia.

39. — Nell'Italia settentrionale, più esposta agli influssi del diritto francese, la chiamata in garantia fu esplicitamente accolta anche prima della moderna codificazione.

Così in Piemonte, mentre fra i decreti emessi a Torino da CARLO EMANUELE il 12 ottobre 1587, uno ne troviamo sulla « *dilatione per denonciar la lite al suo authore* », nel quale la denunzia di lite non appare ancora trasformata in chiamata in garantia (105), nella *Raccolta di leggi e costituzioni* pubblicata da CARLO EMANUELE III nel 1770 (106), troviamo interamente accolta la chiamata in garantia del diritto francese: in tale raccolta, infatti, all'art. 7 del Tit. I (*Du Tribunal competent*) è stabilito che le cause di garantia son di competenza del giudice investito della causa principale, e, agli articoli 1-4 del Tit. VII (*De délai pour faire appeller les garants*) è detto che il termine per chiamare in garantia doveva esser richiesto nella prima comparsa, regolato secondo le distanze e concesso anche per chiamare un sub-garante, e che *i garanti non potevano sottrarsi al foro della causa principale negando il loro obbligo di garantia.*

Parimente a Modena, nelle costituzioni pubblicate da FRANCESCO III il 26 aprile 1771, la chiamata in garantia è così disciplinata (Lib. I, Tit. IV, art. 8): « I Venditori ed altri simili Autori e Rilevatori e Promissori d'indennità, ai quali sarà denunziata la lite per assumerne la difesa, saranno obbligati a comparire nello stesso Foro dove si agita la causa, ancorchè fossero muniti di qualunque privilegio di Foro, e ancorchè negassero d'esser tenuti all'Evizione, Rilievo, o Emenda per la cosa contestata, e si dovrà definire l'una e l'altra causa colla medesima sentenza, semprechè il pretendente abbia compito alle proprie incombenze in tempo opportuno contro chi intende obbligato all'Evizione, al Rilievo o all'Emenda ».

---

(103) *Praxis judiciaria* (Lugduni, 1675), Sez. LXII: « *de evictione* etc. », n. 12. V. anche GALLUPPI, *Praxis novissima sacri regi cons. neap.* (Napoli, 1647), Cap. XV, pag. 158: « *de iure laudandi in auctorem* ».

(104) *Praxis judiciaria*, « *De processu in causa evictionis et molestiarum* », pagina 157 e segg.

(105) V. A. SOLA, *Commentaria ad decreta antiqua ac nova novasque constitutiones* (Augustae Taur., 1607), pag. 415.

(106) *Loix et Constitutions de Sa Majesté le Roi de Sardaigne*, 1770.

40. — A poco a poco così l'istituto germanico-francese della chiamata in garantia si sostituiva in Italia all'istituto romano della denunzia di lite, e si maturava in tal modo quella definitiva sostituzione che doveva essere compiuta (avanti, n. 57 e segg.) dalla codificazione moderna.

Al contrario, nelle terre germaniche, patria originaria della chiamata in garantia, la denunzia di lite, introdottavi al tempo della recezione del diritto romano (107), mantenne immutate le caratteristiche sostanziali e processuali che aveva nel diritto classico. Nelle Fiandre, nel Brabante, in Olanda, in Frisia e nei paesi tedeschi, colui al quale veniva notificata una lite, otteneva, negando l'obbligo di garantia, d'essere rimandato dinanzi al giudice del suo domicilio; ciò si trova esplicitamente stabilito nell'art. 514 dell'Ordinanza 13 aprile 1604, che regolava il procedimento davanti il Consiglio sovrano di Brabante, e nell'art. 117 dell'istruzione dell'anno 1531, per la Corte di Olanda, di Zelanda e di Frisia (108). Vedremo che anche nelle legislazioni contemporanee, mentre l'Olanda ha accolto il diritto processuale francese, gli Stati germanici si mantengono fedeli, per ciò che riguarda l'azione di garantia, alle regole del diritto romano.

---

(107) Prima della recezione del diritto romano, vigevano nei paesi tedeschi procedure di rivendicazione mobiliare simili a quelle del più antico diritto consuetudinario francese: così negli statuti di Leobschützer del 1270 (§ 49) e di Ofner (cap. 340), citati dal Del Vecchio, scritto cit., pag. 280.

(108) De Paepe, op. cit., n. 3, e Fonti da lui ivi citate. Per le notizie storiche riguardanti il diritto feudale tedesco e gli statuti Boemi e Moravi, v. Fischer, op. cit., §§ 8 e 20 e *passim*, e Fuchs, op. cit., § 13, pag. 113 e segg. Per il diritto sassonico v. le *remissiones* in Huber, *Prael. jur. civ.* cit., III, *de evictione*, n. 13, note.

Capitolo II

L'AZIONE DI GARANTIA NEI CODICI MODERNI

Sommario

41. Partizione.

A) — Leggi processuali a tipo francese che accolgono la chiamata in garantia.

42. Codice francese. — 43. Leggi del Belgio e d'Olanda. — 44. Codice monegasco. — 45. Leggi svizzere a tipo francese: Ginevra, Vaud, Vallese. — 46. Codice portoghese. — 47. Codice rumeno. — 48. Codice cileno.

B) — Leggi processuali a tipo tedesco che non accolgono la chiamata in garantia.

49. Introduzione.

§ 1. — *Austria-Ungheria.*

50. Regolamento giuseppino. — 51. Regolamenti italiano e galiziano. — 52. Ordinamento proc. civ. 1895. — 53. Regolamento ungarico.

§ 2. — *Germania.*

54. Ordinamento proc. civ. 1898.

§ 3. — *Svizzera.*

55. Leggi svizzere a tipo tedesco. — 56. Criterio informatore del diritto processuale a tipo tedesco.

C) — Legislazione italiana.

§ 1. — *Codici precedenti al vigente.*

57. Codici parmense, napoletano, piemontesi. — 58. Codice estense. — 59. Regolamento toscano. — 60. Leggi pontificie.

§ 2. — *Legislazione vigente.*

61. Norme che regolano la chiamata in garantia. — 62. Origine storica dell'istituto.

41. — Nelle moderne legislazioni l'esercizio processuale dell'azione di garantia è regolato secondo due opposti sistemi: il Codice di

procedura francese, e tutte le leggi che ad esso si conformano, accolgono l'istituto processuale della *chiamata in garantia;* le leggi tedesche, al contrario, accolgono l'istituto processuale della *denunzia di lite.* Diamo un rapido sguardo alle leggi a tipo francese e a quelle a tipo tedesco, riservandoci per ultimo di parlare delle leggi italiane.

A) — Leggi processuali a tipo francese che accolgono la chiamata in garantia

42. — Il *Code de Procédure civile* che vige in Francia fin dal 1° gennaio 1807, in materia di garantia non fa che ampliare le disposizioni della Ordinanza del 1667, soltanto in qualche punto modificandole.

La chiamata in garantia è regolata nel Lib. II: « *Des tribunaux inférieurs* », Tit. IX: « *Des excéptions* », § IV: « *Des excéptions dilatoires* », articoli 175-185. Senza soffermarmi in tutte le particolarità del procedimento, che verranno via via messe in luce quando, nel corso del mio studio, raffronterò cogli articoli del Codice francese le disposizioni del nostro Codice, mi basta accennare che questo Codice francese, per ciò che riguarda la chiamata in garantia, disciplina:

1) *il termine:* chi vuol chiamare un garante deve farlo entro il termine di otto giorni, aumentato di un giorno ogni tre (attualmente cinque) miriametri, decorrente, a meno che il convenuto non sia stato citato nel termine per fare inventario o deliberare (art. 177), dal dì della domanda originaria (art. 175), termine che vale anche per il garante che voglia a sua volta chiamarne un altro (art. 176); per più garanti interessati nella stessa garantia, un solo termine; in nessun caso può concedersi più di un termine (art. 178);

2) *la sospensione* della causa principale, che avviene quando, il termine di questa scadendo prima di quello per la presentazione del garante, il garantito notifica al terzo molestante di aver citato un garante (art. 179), sospensione alla quale il terzo molestante può opporsi, sollevando incidente (art. 180);

3) *la competenza* del tribunale adito per la questione originaria a giudicare anche delle opposizioni dei garanti, eccettochè essi possano provare la dolosa distrazione di foro (art. 181), regola che si trova affermata in termini più generali anche nell'art. 59;

4) *l'assunzione della lite* da parte del garante, nei casi di garantia formale e non mai nei casi di garantia semplice (art. 183) e *la messa fuori di causa del garantito,* a sua richiesta, salva in lui la facoltà di assistervi per conservare i proprî diritti e, nel terzo mole-

stante (disposizione questa che non si trovava nell'Ordinanza) la facoltà di chiedere ch'egli vi resti per adempiere alle sue personali obbligazioni;

5) *l'unione* o *disgiunzione* delle due cause, possibile o no secondo che siano o no in istato di esser giudicate contemporaneamente (art. 184);

6) *l'esecutorietà* anche contro i garantiti delle sentenze pronunciate contro i garanti, al quale scopo è sufficiente eseguire la notificazione contro i soli garantiti; le spese e i danni non sono richiedibili ai garantiti, eccettuato il caso di insolvenza del garante, quando il garantito non sia stato messo fuori di causa (eccezione che non si trovava nell'Ordinanza) (art. 185).

Oltre queste disposizioni che regolano la chiamata in garantia dinanzi ai Tribunali, si hanno particolari norme per i casi nei quali essa venga proposta dinanzi a un Giudice di pace. Nel Libro I del Codice che regola la Giustizia di Pace, il Tit. VI tratta espressamente « *de la mise en cause des garants* »; ivi è stabilito che, se nel giorno della prima comparizione il convenuto chiede di mettere un garante in causa, il giudice accorderà un termine sufficiente secondo la distanza del domicilio del garante, che dovrà esser citato senza bisogno di notificargli l'ordine del giudice (art. 32); non facendosi tale richiesta alla prima comparizione o non eseguendosi nel tempo stabilito la citazione del garante, la questione principale riprenderà il suo corso, e la questione di garantia potrà poi esser decisa separatamente (art. 33) (*).

(*) Ecco le disposizioni testuali del Codice francese:

« Art. 32. — *Si, au jour de la première comparution, le défendeur demande à mettre garant en cause, le juge accordera délai suffisant en raison de la distance du domicile du garant: la citation donnée au garant sera libellée, sans qu'il soit besoin de lui notifier le jugement qui ordonne sa mise en cause.*

« Art. 33. — *Si la mise en cause n'a pas été demandée à la première comparution, ou si la citation n'a pas été faite dans le délai fixé, il sera procédé, sans délai, au jugement de l'action principale, sauf à statuer séparément sur la demande en garantie.*

« Art. 59. — *En matière de garantie* [*le defendeur sera assigné*], *devant le juge où la demande originaire sera pendante.*

« Art. 175. — *Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie sera tenu de le faire dans la huitaine du jour de la demande originaire, outre un jour pour trois (aujourdhui cinq) myriamètres. S'il y a plusieurs garants intéressés en la même garantie, il n'y aura qu'un seul délai pour tous, qui sera réglé selon la distance du lieu de la demeure du garant le plus éloigné.*

« Art. 176. — *Si le garant prétend avoir droit d'en appeler un autre en sous-garantie, il sera tenu de le faire dans le délai ci-dessus, a compter du jour*

43. — Il Belgio e l'Olanda adottarono il Codice di procedura francese, e quindi, in questi Stati, la chiamata in garantia è interamente regolata dalle stesse norme del diritto processuale francese, coll'aggiunta nel Belgio di qualche disposizione nuova, ma non so-

---

de la demande en garantie formée contre lui; ce qui sera successivement observé à l'égard du sous-garant ultérieur.

« Art. 177. — *Si néanmoins le défendeur originaire est assigné dans les délais pour faire inventaire et délibérer, le délai pour appeler garant ne commencera que du jour où ceux pour faire inventaire et délibérer seront expirés.*

« Art. 178. — *Il n'y aura pas d'autre délai pour appeler garant, en quelque matière que ce soit, sous prétexte de minorité ou autre cause privilégiée; sauf à poursuivre les garants, mais sans que le jugement de la demande principale en soit retardé.*

« Art. 179. — *Si les délais des assignations en garantie ne sont échus en même temps que celui de la demande originaire, il ne sera pris aucun défaut contre le défendeur originaire, lorqu'avant l'expiration du délai, il aura déclaré, par acte d'avoué à avoué, qu'il a formé sa demande en garantie; sauf, si le défendeur, après l'écheance du délai pour appeler le garant, ne justifie pas de la demande en garantie, à faire droit de la demande originaire, même à le condamner à des dommages-intérêts, si la demande en garantie par lui alléguée se trouve n'avoir pas été formée.*

« Art. 180. — *Si le demandeur originaire soutient qu'il n'y a lieu au délai pour appeler garant, l'incident sera jugé sommairement.*

« Art. 181. — *Ceux qui seront assignés en garantie seront tenu de procéder devant le Tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils denient être garants; mais s'il paraît par écrit, ou par l'évidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que pour les traduire hors de leur Tribunal, ils y seront renvoyés.*

« Art. 182. — *En garantie formelle pour les matières réelles ou hypothécaires, le garant pourra toujours prendre le fait et cause du garanti, qui sera mis hors de cause, s'il le requiert avant le premier jugement.*

« *Cependant le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister pour la conservation de ses droits et le démandeur originaire pourra demander qu'il y reste pour la conservation des siens.*

« Art. 183. — *En garantie simple le garant pourra seulement intervenir sans prendre le fait et cause du garanti.*

« Art. 184. — *Si les demandes originaires et en garantie sont en état d'être jugées en même temps, il y sera fait droit conjointement, sinon le démandeur originaire pourra faire juger sa demande séparément: le même jugement prononcera sur la disjonction si les deux instances ont été jointes; sauf après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s'il y échet.*

« Art. 185. — *Les jugements rendus contre les garants formels seront exécutoires contre les garantis. Il suffira de signifier le jugement aux garantis, soit qu'ils aient été mis hors de cause, ou qu'ils y aient assisté, sans qu'il soit besoin d'autre demande ni procédure. A l'égard des dépens, dommages et intérêts, la liquidation et l'exécution ne pourront en être faites que contre les garants. Neamnoins en cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des dépens, a moins qu'il n'ait été mis hors de cause; il le sera aussi des dommages et intérêts si le Tribunal juge qu'il y a lieu* ».

stanzialmente diversa, in tema di competenza (legge 25 marzo 1876, specialmente art. 50 e art. 52, di cui in seguito). Nel Belgio è stato anche compilato un disegno di revisione del Codice di procedura, il quale, pur conservando l'istituto francese della chiamata in garantia, vi apporta notevoli modificazioni e lodevolmente lo disciplina in alcuni punti trascurati dalla legge francese (*Projet de revision du Cod. proc. civ.*, 1869-1870, Lib. I, Tit. V, Cap. II, art. 8 e segg.; v. avanti, n. 273).

44. — Il Codice di procedura civile del Principato di Monaco, emanato il 5 settembre 1896, regola, tra le « Eccezioni dilatorie », la chiamata in garantia agli artt. 267-273, con disposizioni quasi identiche a quelle del codice francese (1).

Chi pretende chiamare un garante deve chiedere un termine preliminarmente, che, salvo opposizione della controparte, da giudicarsi sommariamente, gli vien concesso dal giudice; se allo scader del termine la chiamata non è stata fatta, colui che aveva chiesto di farla può esser condannato ai danni in favore della controparte (art. 268). Si distingue tra garantia in materia reale e garantia in materia personale, senza riprodurre la terminologia francese di garantia formale e semplice, permettendosi solo in quella l'assunzione della lite da parte del garante; la messa fuori di causa dev'esser richiesta preliminarmente dal garantito, e concessa se l'attore non trova di avere interesse a ritenerlo in causa (art. 270). Le due cause vengono giudicate unitamente, se sono in istato d'esser giudicate, altrimenti vengon separate (art. 271). Le sentenze pronunziate contro i garanti sono esecutive anche contro i garantiti, ma il garantito è passibile delle spese soltanto se è restato in causa, sia o no solvente il garante (art. 272). Le stesse regole valgono per la subgarantia.

45. — Le leggi processuali dei cantoni svizzeri seguono alcune il tipo francese (Ginevra, Vaud, Vallese) altre il tipo tedesco (avanti, n. 55). Le prime accolgono la chiamata in garantia nelle sue linee fondamentali, ma nel procedimento si differenziano alquanto dalla legge francese. La *Loi de Procédure civile* del Cantone di Ginevra (2 dicembre 1911), nel Titolo IV (eccezioni preliminari) Sez. III, tratta « *De la mise en cause des garants* », stabilendo che (art. 61), ove il convenuto alleghi un *giusto motivo* per mettere in causa un garante o un subgarante, gli deve essere accordato un termine sufficiente secondo il domicilio del garante, durante il quale la causa

(1) V. *Exposé des motifs*, Tit. IX.

principale resta sospesa: la sospensione non ha luogo o cessa se la messa in causa non è richiesta preliminarmente, se il garante non è stato chiamato nel termine fissato, se la questione di garantia non è in istato di essere prontamente decisa. E' notevole che per ottener la sospensione, è richiesto « un giusto motivo », il che viene a sottoporre la facoltà di chiamare un garante a una preventiva autorizzazione del giudice. Il vigente codice del 1911 non ha portato in questa materia modificazione alcuna alle precedenti leggi 1819 e 1891.

Una preventiva autorizzazione del giudice è richiesta anche dal Codice di procedura civile per il Cantone di Vaud del 25 novembre 1869 che tratta « *De l'évocation en garantie* » negli articoli 141-155. La domanda per ottenere tale autorizzazione è proposta mediante una citazione fatta al terzo molestante a comparire dinanzi al presidente, il quale, se il terzo molestante non concorda, nel contraddittorio delle parti autorizza o respinge la chiamata in causa (art. 143); regole simili valgono per la chiamata in garantia mossa dall'attore (art. 145). Disposizioni diverse son stabilite per la garantia reale e per la garantia personale, le cui definizioni sono date dall'art. 142, abbandonata la distinzione della garantia in formale e semplice; per la garantia reale il garantito, nel termine di dieci giorni, invita il garante a presentarsi in un termine fissato dal presidente (art. 146); si possono allora verificare tre casi: o il garante assume la lite, e il garantito può non ostante restare in causa (artt. 146-147); o, ammessa la garantia solo in parte, il garante divien parte in causa accanto al garantito (art. 148); o, se il garante si rifiuta di assumer la lite, deve restare in causa il garantito, cui il presidente assegna un nuovo termine per rispondere (art. 149). Il garantito in caso di soccombenza, può rivalersi, salva eccezione di dolo o colpa grave, contro il garante per il danno sofferto (art. 150), e in caso di vittoria, per le spese (art. 151). Queste regole valgono anche per più garanti (art. 152). Per la garantia personale sono stabilite regole poco differenti sulla citazione (art. 153), sul termine che il presidente fissa per rispondere al garante e al convenuto principale (art. 154), sulla sentenza che deve risolvere tutte e due le questioni, come nel caso di litisconsorzio (art. 155).

Il Codice di procedura civile del Vallese, emanato il 30 maggio 1856, stabilisce all'art. 17 che il garante è sottoposto al foro competente per la causa originaria salvochè sia evidente l'intento di distrarlo dai proprî giudici. Il Cap. III del Tit. V, tratta espressamente « *De l'appel en garantie* ». Chi vuol chiamare un terzo in garantia deve notificargli una motivata denuncia di lite (art. 51), dandone avviso al terzo molestante (art. 52); il denunciato deve rispondere in iscritto nel termine di trenta giorni (art. 53), durante i quali la

causa principale resta sospesa (art. 56); se il chiamato accetta di assumer la lite, prende il posto del garantito che può, ciò non ostante, restare in causa (art. 54), ma se rifiuta o non risponde, la causa continua senza ritardo a suo rischio, salvo in lui il diritto di intervenire in causa quando voglia; le contestazioni sull'obbligo di garantia son discusse separatamente dalla causa principale (art. 57). Il garante che abbia assunto la lite può far valere tutti i suoi diritti senza esser legato dagli atti della procedura anteriore alla chiamata in garantia. Le spese frustatorie son regolate dalla sentenza che decide sulla domanda principale (art. 59). La chiamata in garantia può aver luogo in ogni stato di causa; tuttavia se il garantito non chiama il garante da quando resulta dal procedimento che la chiamata si sarebbe potuta esercitare, sarà sottoposto alle spese fatte fino alla chiamata del garante (art. 60); la sentenza emanata contro il garante in merito, è esecutiva anche contro il garantito, e reciprocamente se la garantia è ammessa (art. 61) (*).

46. — Dalla legislazione francese si allontana notevolmente il *Codigo de processo civil* 8 novembre 1876, del Portogallo, il quale ha accolto, sotto il titolo « *Do chamamento à acção e authoria* », i due istituti della designazione di autore e della chiamata in garantia. Per la designazione di autore (*nominatio auctoris*) che già si è trovata nel diritto romano e che troveremo nelle legislazioni a tipo tedesco, è stabilito (art. 321) che il convenuto, che possiede una cosa mobile o immobile in nome altrui può manifestare al citante il nome del vero proprietario, allo scopo di farlo venire in causa, se il citante accetta; se il citante non accetta, seguitano a decorrere i termini contro il convenuto; se poi il proprietario indicato non compare o nega la sua qualità, l'attore può proseguir la causa tanto contro di lui quanto contro il convenuto originario. Negli articoli seguenti è regolata invece la vera chiamata in garantia, sia per garantia formale (art. 322), sia per garantia semplice (art. 326: fidejussione;

(*) Tra i Codici svizzeri tiene un posto a sè il Codice di procedura civile del Ticino, emanato nel 1843, il quale non contiene espresse disposizioni sulla chiamata in garantia; questa deve quindi farsi rientrare nelle regole stabilite in generale per la chiamata in giudizio (Libro III: « *Delle incidenze* », Tit. III: « *Dell'intervento in causa* »).

Una delle parti in causa, secondo tali disposizioni, può (art. 145) fare istanza verbale o scritta affinchè il giudice ordini l'intervento di un terzo: il giudice, sui documenti prodotti dall'istante e nel contraddittorio delle altre parti (articoli 142-144) può ammettere la chiamata; il chiamato comparso può opporre di non volere stare in giudizio, per il che il giudice può metterlo fuori causa (art. 146). A tali disposizioni non hanno derogato le leggi posteriori.

art. 327: debito solidale). Il procedimento è il seguente: il convenuto che voglia chiamare in garantia il terzo deve dichiararlo alla prima udienza, nel qual caso il giudice, sospeso il procedimento, gli darà un termine, non eccedente i quindici giorni, per citare il garante a meno che questi risieda fuori della comarca (art. 322, § 1); se il chiamato accetta la difesa, la causa procede contro di lui, e anche contro il convenuto originario, se vuole intervenire (§ 3); il chiamato che compare ha un termine per accettare o ricusar la difesa (§ 4); la sua confessione non impedisce all'altro convenuto di proseguir la causa (§ 5); se, spirato il termine concessogli, il garantito non avrà chiamato il garante, l'azione proseguirà contro il garantito solo, ma il garante sarà ammesso in qualunque stato di causa ad assumer la difesa (§ 6). Per non parlare delle disposizioni riguardanti la subgarantia (art. 323), la decorrenza del termine per contestare (art. 324), i danni ai quali ha diritto l'evitto (art. 325), sono particolarmente notevoli le disposizioni per cui se il garante chiamato in causa non compare o non accetta di assumer la difesa, la causa prosegue contro il convenuto originario, il quale, per conservare il diritto di indennizzazione contro il garante, deve seguir la causa in tutti i suoi termini e interporre o accettare appello (art. 322, § 2); e l'altra per cui la chiamata in garantia deve precedere gli incidenti di suspicione e incompetenza, che devono esser dedotti nella prima udienza dopo quella in cui si dovrebbe dar notizia della citazione in garantia; il chiamato in garantia non può peraltro dedurre eccezioni di incompetenza per domicilio (art. 328) (*).

47. — Il *Noul Codice de Procedura civila* di Romania, emanato il 14 marzo 1900, regola, agli artt. 112-114, la *Chemarea în garantie*, e all'art. 64 la competenza relativa ad essa.

(*) Nella legislazione spagnola la *Ley de Enyuiciamento civil*, 3 febbraio 1881, non disciplina l'istituto della chiamata in garantia. Nel Codice civile si trova invece contemplata la denuncia di lite per il caso di evizione, nell'art. 1482 che stabilisce:

« Il compratore azionato domanderà, nel termine fissato dalla legge di proc. civ. per rispondere alla domanda, che questa domanda sia notificata al venditore o ai venditori, nel termine più breve possibile. La notificazione si farà nella forma prescritta dalla stessa legge per intentare un'azione. Il termine di contestazione per il compratore resterà sospeso finchè non saranno spirati quelli che sono accordati all'acquirente o ai venditori per comparire e contestar la domanda; questi termini saranno gli stessi che la suddetta legge di proc. civ accorda a tutti i convenuti e si conteranno a partire dalla notificazione regolata dal primo paragrafo di questo articolo. Se i convenuti per evizione non compariscono nel tempo e nella forma voluta, il termine per contraddire la domanda continuerà di fronte al compratore ».

48. — Il *Codigo de Procedimento civil* 1902 della Repubblica del Chile, nel Libro III, riguardante i giudizi speciali, dedica il Tit. IV alla « *Citacion de eviccion* » (artt. 741-744). Contempla adunque soltanto il caso della garantia formale, e stabilisce che la chiamata si deve proporre al giudice in via preliminare, provando che la decisione ne sarà sollecita (art. 741); se il giudice concede l'autorizzazione, il giudizio si sospenderà per dieci giorni, o per più secondo la distanza; giunta l'udienza stabilita senza che il convenuto abbia fatto la citazione al garante, l'attore potrà chiedere che sia dichiarato decaduto dal diritto di farla e che il giudizio continui, o che sia autorizzato egli attore a farla a spese del convenuto (art. 742); se il garante regolarmente citato interviene, può assumer la lite, altrimenti essa riprende il suo corso (art. 744). Il garante può a sua volta citare un secondo garante (art. 743).

B) — Leggi processuali a tipo tedesco che non accolgono la chiamata in garantia

49. — Le leggi tedesche moderne per ciò che riguarda l'azione di garantia, si sono mantenute fedeli alle regole del diritto romano, ed hanno accolto la denunzia di lite (*Streitverkündung*), respingendo la chiamata in garantia. Riservandoci di richiamare e di illustrare nel corso di questo studio le disposizioni delle leggi processuali tedesche ogni qualvolta sia opportuno raffrontar colle regole della chiamata in garantia quelle della denunzia di lite, ci limitiamo qui a darne un breve riassunto generale.

§ 1. — *Austria-Ungheria.*

50. — Nel Regolamento generale Giuseppino del 1781, sotto il Cap. IV, *Von Vertretungen* (delle difese), si trovavano le seguenti disposizioni:

§ 58. — « Chiunque creda di aver diritto a pretendere difesa da un terzo deve senza ritardo farne domanda, cioè, essendo attore, avanti la presentazione del libello, ed essendo reo convenuto, avanti che sia trascorsa la metà del primo termine assegnato per la presentazione della risposta ».

§ 59. — « Qualora l'interpellato difensore aderisca in via amichevole ad assumer la difesa, dipende dall'arbitrio dell'interpellante il sostenere la causa d'accordo con lui e congiuntamente, oppure lasciarne la cura al solo interpellato senza il suo intervento; però

in quest'ultimo caso dovrà consegnare al difensore, contro ricevuta, tutti gli amminnicoli che si trova a possedere ».

§ 60. — « L'interpellante ed il chiamato a difesa tratteranno a parte la vertenza tra essi pendente in ordine all'assunzione della lite. Questa pendenza potrà ritardare il processo principale, solamente in quanto l'interpellante, sopra opposizione dell'avversario, possa dimostrare di aver debitamente proposto essa pendenza, e di continuarla regolarmente ».

§ 61. — « Risultando nella definizione di questa sentenza che la difesa fu domandata temerariamente e per ispirito di stancheggio, è riservato alla parte avversaria nella causa principale di pretendere risarcimento per ogni danno che le fosse pervenuto da siffatto ritardo ».

In questo Regolamento Giuseppino erano comprese, sotto la generale espressione di *chiamata a difesa*, tutte quelle diverse figure processuali che vedremo distinte nella posteriore procedura austriaca: particolarmente notevole è la disposizione del § 60, per la quale, se il chiamato impugnava d'esser tenuto alla difesa, l'interpellante poteva muovergli lite al suo foro, e la lite principale si sospendeva fino a che, a questo foro separato, non fosse stata decisa la vertenza sull'obbligo di difesa, per stabilire chi dei due dovesse sostenere la lite. Cosicchè l'interpellante che avesse diritto alla difesa, poteva sempre, o mediante amichevole accordo, o mediante coazione giudiziale, far sì che l'interpellato assumesse la lite.

A prima vista appare che quest'ultima disposizione, per cui la lite principale poteva esser sospesa da una lite vertente ad altro Tribunale anche lontanissimo, doveva dar luogo a gravi indugi; cosicchè un Aulico Decreto 7 ottobre 1808, per ovviare agli inconvenienti prodotti dagli abusi del § 60 che tal sospensione permetteva, abrogò questo stesso § 60, stabilendo che per l'avvenire la vertenza pendente in ordine all'assunzione della lite non dovesse più ritardare il processo principale, iniziato contro colui che chiamava a difesa.

51. — Una notevole diversità di disposizioni era nel Regolamento del 1796, emanato specialmente per le provincie Galliziane e per il Lombardo-Veneto. Sotto il titolo « *Delle difese* » nel Regolamento Galliziano, e « *Della denuncia della lite* » nel Regolamento Italiano, si avevano le seguenti disposizioni:

§ 49. — « Chiunque credesse avere diritto di domandare l'indennizzazione ad un terzo nel caso che rimanesse soccombente in causa, dovrà senza ritardo denunciargli giudizialmente la lite, cioè, essendo attore avanti la presentazione del libello, ed il reo avanti

che sia trascorsa la metà del primo termine assegnato per la presentazione della risposta. In caso di mancanza non potrà egli più ricercare nè nel merito della causa, nè per le spese processuali alcuna reintegrazione ».

§ 50. — « Dipende bensì dalla intelligenza tra il denunziante e l'autore interpellato chi di loro abbia a sostenere la lite, o se vogliano entrambi sostenerla d'intelligenza e congiuntamente come consorti in lite; se però eglino intorno a ciò non fossero d'accordo dovrà sostenerla il denunziante » (2).

§ 51. — « Dipende parimente dal rispettivo loro arbitrio in che tempo essi vogliano ultimare la vertenza fra essi pendente in ordine all'assunzione della lite. In nessun caso però potrà questa ritardare il processo principale ».

Per questi Regolamenti, come appare dalla lettura delle surriferite disposizioni, il denunziante non aveva mezzo di costringere il denunziato a sostener la lite principale, facendola sospendere finchè non fosse risoluta la lite sorta sull'obbligo di difesa: se colui che veniva chiamato a difesa negava tale suo obbligo, il denunciante era costretto a continuare senza sospensione la causa principale, salvo, ove restasse soccombente, rivolgersi poi contro il denunziato per esserne indennizzato. Si noti che, per tali due Regolamenti, la denuncia di lite era condizione assolutamente necessaria per poter conservare contro il denunziato l'azione di risarcimento; ma questo rigore fu poi mitigato dal § 931 Cod. civ. austriaco (3).

52. — Più particolari disposizioni si trovano nel Regolamento del Processo Civile, andato in vigore il 1° agosto 1895. In esso, nella Parte I, Sez. I: « *Delle parti* », Tit. III: « *Della partecipazione dei terzi alla lite* », accanto alle forme dell'intervento accessorio *ad adjuvandum* (*nebenintervention:* §§ 17-19) e del litisconsorzio (§ 20) sono separatamente contemplate la *denunzia della lite* e la *designazione dell'autore.*

1) La denunzia della lite è costituita per chi, per raggiungere effetti di diritto civile, deve dar notizia a un terzo di una lite. Vedremo, esaminando l'istituto della chiamata in garantia, che l'esercizio di tale istituto, lasciato all'arbitrio del garantito, al cui vantaggio è costituito, è in un certo senso la condizione necessaria al

---

(2) Nel Regol. Gall. in luogo di *denunziante* si legge *chiamante a difesa;* e in luogo di *autore interpellato* si legge *difensore invitato.*

(3) V. De Scheidlein, *Analisi della processura civile austriaca,* Milano, 1833, vol. I, pag. 272 e segg.; Winiwarter, *Dir. civ. univ. austriaco,* trad. Callegari, Parte IV, pag. 120 e segg.

garantito stesso per conservare il diritto di risarcimento contro il garante. Per questi casi appunto, in cui il garantito è obbligato a valersi della chiamata in garantia, se non vuol poi contro la sua azione di risarcimento vedersi opporre dal garante una eccezione (avanti, n. 68), è costituito, al § 21 del Regolamento Austriaco, l'istituto della denunzia di lite, la quale consiste nel « dar notizia a un terzo di una lite mediante intimazione di una scrittura nella quale sarà addotto anche il motivo della notificazione e indicato brevemente lo stato della causa, ove questa già sia iniziata. A tale notificazione può unirsi una diffida fondata sulle disposizioni del diritto civile di prestare, nella lite già pendente o da incoarsi, l'*intervento* ». Cotale intervento, che è un effetto della denunzia di lite, è quello stesso intervento accessorio *ad adjuvandum* che è regolato dai §§ 17-19; esso può anche dar luogo (ultimo periodo del § 19) ad una assunzione della lite da parte dell'interveniente, che, col consenso di entrambe le parti, può sottentrare come parte nella lite, in luogo di quegli, cui ha acceduto.

Questa denunzia di lite, che ha luogo soltanto in quei casi in cui il diritto civile la richiede, e che può portare come conseguenza un intervento accessorio, non dà diritto alla parte denunziante di domandare la sospensione della causa pendente, la proroga dei termini o il rinvio di una udienza fissata per la pertrattazione (§ 21 capoverso ultimo). E se il denunziato si rifiuta d'intervenire, il denunziante non potrà costringerlo a portar difese: tuttavia la denunzia di lite avrà avuto l'utilità di portar le conseguenze civili di cui sarà detto altrove (§ 931 Cod. civ.).

2) Accanto alla denunzia di lite, si trova nel Regolamento austriaco quella speciale figura processuale già vista nella legge del Portogallo, la quale non è esplicitamente regolata dal diritto processuale a tipo francese (avanti, n. 80): la designazione dell'autore, quella che gli scrittori di diritto comune chiamano *nominatio auctoris*. Qui non si tratta già, come nel caso della denunzia di lite, di uno che sia convenuto per un oggetto che personalmente lo riguarda, e che, qualora avesse a subirne evizione, avrebbe diritto di rivalersi contro un terzo, al quale denunzia la lite; ma di uno il quale è citato in giudizio per una cosa ch'egli possiede in nome di altri, e che, non per un conseguente diritto di regresso chiama il terzo, ma proprio affinchè costui venga a difender da sè la cosa sua. Stabilisce il § 22 (4) che chi è convenuto come possessore di una cosa o di un

---

(4) In relazione al § 375 Cod. civ.: « Chi possiede una cosa in nome altrui può difendersi contro l'azione vendicatoria col nominare il suo autore e darne le prove ».

diritto reale, ma non vuole entrare nella lite perchè sostiene di possedere in nome di un terzo, provocherà, immediatamente dopo la intimazione della petizione, il terzo a dichiararsi, alla prima udienza fissata davanti al Tribunale della causa, intorno al suo rapporto con l'oggetto controverso e con la ragione fatta valere nella petizione. La provocazione dell'autore e la sua citazione ha luogo mediante intimazione di una scrittura la quale deve contenere la partecipazione, necessaria per dar fondamento alla provocazione, della lite avviata. Una copia di questa scrittura sarà comunicata all'attore ancor prima della prima udienza. Se il terzo (§ 23) all'udienza riconosce il rapporto asserito dal convenuto, esso può, coll'assenso di questo, sottentrare in suo luogo in giudizio come parte. L'assenso dell'attore è richiesto solo in quanto esso faccia valere ragioni che dal rapporto di rappresentanza intercedente tra l'autore e il convenuto non sono tocche. In seguito all'assunzione della causa da parte dell'autore, il convenuto sarà, su sua istanza, prosciolto, mediante ordinanza del Tribunale della causa, dalla petizione. Per contro, se alla prima udienza non si viene ad un accordo circa l'assunzione della lite da parte dell'autore, il convenuto non può più oltre rifiutarsi di entrare nella lite. Se l'autore (§ 24), quantunque sia stato debitamente citato, non comparisce alla prima udienza fissata, se contesta l'asserto del convenuto o all'udienza non fa in genere dichiarazione alcuna, il convenuto ha diritto di liberarsi dall'azione col sodisfare la domanda dell'attore.

Anche in questa speciale figura della *nominatio auctoris*, le controversie che eventualmente possano nascere tra nominante e nominato non sono risolte dal giudice davanti al quale pende la controversia principale. Lo dice espressamente la Relazione che accompagna questo Regolamento: « Il convenuto non può pretendere che si pertratti e che il giudice decida sul rapporto giuridico intercedente tra lui e l'autore da lui nominato, e ancor meno che si dichiari l'obbligo che eventualmente incomba a questo di assumere la lite. In quanto sotto questo riguardo l'azione contro lui proposta dia luogo ad eccezioni che mettano in questione la legittimazione passiva del convenuto, esse appartengono alla trattazione del merito... In quanto poi la nominazione dell'autore non tocchi la legittimazione passiva, l'attore non v'ha a entrare per nulla, quindi esso non deve da questa questione accessoria esser, nella prosecuzione del suo diritto, impacciato ».

L'istituto della *nominatio auctoris* si verifica principalmente nei casi di rivendicazione diretta contro un possessore, il quale, dichiarando di esser tale in nome di un terzo ch'ei designa, mira non già a mantenere di fronte a questo un'azione di rilievo nel caso di soccombenza, ma solo a sottrarsi alle molestie e alle spese di una lite

il cui esito non lo interessa: al che la legge gli dà il diritto di farsi mettere fuori di causa, o, in caso di rifiuto o di non comparizione dell'autore, il diritto di sodisfar la pretesa dell'attore.

53. — Disposizioni non molto dissimili si trovano nei §§ 89 e segg. del Regolamento processuale ungarico del 1911 (in vigore 1914).

§ 2. — *Germania.*

54. — Anche al diritto processuale dell'Impero Germanico, qual'è stabilito nel Regolamento del Processo Civile 20 maggio 1898 (5), l'istituto della chiamata in garantia è restato estraneo; e vi si trovano disposizioni analoghe a quelle vedute nella procedura austriaca, con qualche maggiore specificazione.

1) Nel Tit. III della Sez. I del Libro I, che tratta « *Della partecipazione dei terzi alla lite* », è ammesso l'istituto già visto della denunzia di lite, il quale può dar luogo a un intervento del terzo nella lite stessa, con diversa configurazione secondo la diversa natura della lite. Il § 72 ammette in generale la denunzia di lite: « La parte che, per il caso che la lite abbia per lei esito sfavorevole, crede di poter agire contro un terzo per essere da lui garantito e tenuto indenne, o che fa valere le ragioni di un terzo, può, finchè la lite non è decisa con sentenza avente forza di cosa giudicata, notificare giudizialmente la lite al terzo. Il terzo può notificare la lite ad altri. La notificazione (§ 73) della lite ha luogo mediante notificazione di uno scritto, nel quale deve essere indicato il motivo della denunzia e lo stato della lite. Copia dello scritto dev'essere comunicata alla parte contraria ». Questa denunzia di lite è dunque, come nel diritto processuale austriaco, un mezzo per ottenere un intervento: « Se il terzo aderisce (§ 74) al denunziante la lite, la sua posizione rispetto alle parti si determina secondo i principî dell'intervento adesivo (6). Se il terzo declina di aderire o non si dichiara, la lite viene proseguita senza riguardo a lui ». Cosicchè, colui che abbia diritto a esser garantito, potrà solo richiedere al garante nella

---

(5) Le disposizioni che cito si trovano identiche nel Regolamento del 1877, ove i §§ 72-76 corrispondevano ai §§ 69-73, sui quali v. WACH, *Handbuch*, pag. 653. Prima dell'andata in vigore di queste leggi generali, la chiamata in garantia era accolta dalla legge processuale di Baviera (§ 69 e segg.). V. GALLUPPI, op. cit., n. 77, nota 45.

(6) Tale intervento, regolato dai §§ 66-71 è quello in forza del quale chi ha un interesse giuridico a che in una lite pendente fra altre persone una delle parti vinca, può unirsi a questa per aiutarla.

lite principale un intervento *ad adjuvandum*, salvo esercitare in separata sede il diritto di risarcimento.

2) Il § 76 regola l'istituto della *nominatio auctoris* con disposizioni quasi identiche a quelle del diritto austriaco: « Quegli che è convenuto come possessore di una cosa, che esso sostiene possedere in nome di un terzo, ove, prima della discussione nel merito, notifichi al terzo la lite, e, nominandolo all'attore, lo citi per fare la sua dichiarazione, può, fino a questa dichiarazione o fino alla chiusura dell'udienza nella quale il nominato deve farla, rifiutarsi di discutere in merito. Se il nominato contesta ciò che il convenuto sostiene, o non si dichiara, il convenuto ha diritto di sodisfare la domanda (dell'attore). Se il nominato riconosce che ciò che il convenuto sostiene è vero, esso può, coll'assenso del convenuto, assumere in sua vece la causa. L'assenso dell'attore è richiesto solo in quanto esso faccia valere ragioni indipendenti dal possedere che il convenuto faccia in nome di un terzo. Se il nominato ha assunto la causa, il convenuto deve, su sua domanda, esser prosciolto dalla domanda. La decisione è, per ciò che riguarda la causa stessa, efficace ed esecutiva anche contro il convenuto ». Anche qui si ritrovano tutte le caratteristiche che la *nominatio auctoris* ha nel diritto austriaco: convenuto possessore in nome altrui; facoltà in lui di chiamare il vero interessato ad assumersi la lite, o, qualora costui non intervenga, di sodisfare le pretese dell'attore; facoltà in lui, se l'autore assume la lite, di esser messo fuori di causa (7).

3) Il Regolamento germanico contempla inoltre particolarmente due casi che nel diritto austriaco non sono di proposito regolati.

Uno (§ 77, introdotto nell'ultima compilazione del Regolamento) contempla un caso speciale di *nominatio auctoris:* « Se il proprietario di una cosa o quegli cui compete un diritto su una cosa ha, per un pregiudizio recato alla sua proprietà o al suo diritto, proposto azione in eliminazione del pregiudizio o in cessazione di pregiudizî ulteriori, le disposizioni del § 76 trovano corrispondente applicazione, in quanto il convenuto sostenga di aver recato il pregiudizio esercitando il diritto di un terzo ».

L'altro (§ 75) è un caso in cui la denunzia della lite può dar luogo, anzichè ad un intervento accessorio, ad un intervento principale, quale è disciplinato dal § 64 dello stesso Regolamento; è l'ipotesi del debitore citato pel pagamento di un credito, il quale denunzia la lite a un terzo che pretende per sè il diritto del credito

(7) Per la *nominatio auctoris* nei Codici a tipo tedesco v. Krüg, *Die Urheberbenennung* (Berlino, 1895), pag. 11 e segg.; e avanti, n. 80.

stesso: se il terzo interviene nella lite « il convenuto, ove depositi a favore del creditore litigante l'ammontare del credito con rinunzia al diritto di ritirarlo, deve, su sua istanza, essere dimesso dal giudizio, colla condanna nelle spese, da lui, colla sua infondata opposizione, cagionate, e la lite sulla spettanza del credito si prosegue solo tra i creditori contendenti. Al vincente dev'essere attribuita la somma depositata, e il soccombente dev'essere condannato anche al rimborso delle spese incontrate dal convenuto e non cagionate dalla sua infondata opposizione, comprese le spese di deposito » (8).

§ 3. — *Svizzera.*

55. — Le leggi processuali cantonali della Svizzera tedesca accolgono tutte l'istituto della denunzia di lite. Non ci pare opportuno riferire qui per esteso tutte le disposizioni, del resto non molto svariate, che regolano la materia nelle diverse leggi, riservandoci di richiamare i principî più interessanti nello svolgimento di questo studio: ci basti qui citare, tra le molteplici leggi cantonali che disciplinano la denunzia di lite, i Regolamenti di *Sciaffusa,* 30 ottobre 1869 (*Streitverkündung,* §§ 123-128); di *Friburgo,* 12 ottobre 1849 (*Streitverkündung,* artt. 57-63); di *Zurigo,* 2 dicembre 1874 (*Beteiligung Dritter am Prozesse,* §§ 247-253); di *Berna,* 1° ottobre 1847 (*Streitverkündung,* artt. 29-33); di *San Gallo,* 10 luglio 1900 (art. 68 e segg.); di *Lucerna,* 5 marzo 1895 (*Von dem Regresse,* §§ 81-89); di *Argovia,* 5 novembre 1901 (*Streitverkündung,* §§ 36-43); dei *Grigioni* (articoli 42-47).

Anche nella legge federale di procedura civile adottata provvisoriamente dall'assemblea federale il 20-22 novembre 1850, era accolta (nel § III del Tit. II) la denunzia di lite, ed ivi disciplinata dagli artt. 9-15.

56. — Le legislazioni a tipo tedesco adottano il sistema della denunzia di lite invece di quello della chiamata in garantia, per la considerazione che l'azione di garantia proposta dinanzi allo stesso giudice investito della questione principale, è *prematura,* in quanto mira a risarcire una soccombenza non ancora verificatasi, e *contraria,* d'altra parte, *alla semplicità dei giudizî,* in quanto unisce alla questione principale una questione secondaria variamente complicata. Ma già qualche scrittore tedesco riconosce che l'opposto sistema

(8) V. Lessona, *Manuale di Proc. civ.* (3.ª ediz.), pag. 248, nota 3; Mortara, *Comm.,* III, pag. 522, nota 1.

francese è forse da preferirsi, per la sua indubitabile virtù di diminuire il numero dei giudizî e di sollecitarne la decisione contemporanea (9).

C) — Legislazione italiana

§ 1. — *Codici precedenti al vigente.*

57. — Molti dei Codici che regolavano il processo civile negli Stati italiani esistenti prima della unificazione, erano, per quel che riguarda l'istituto della chiamata in garantia, una fedele copia del Codice di Procedura Civile francese (10).

Tale era il *Codice di Procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* (Parma, 6 giugno 1820), il quale sotto il capo « *Delle eccezioni dilatorie* », agli artt. 220-230 sul procedimento dinanzi ai tribunali, traduceva quasi alla lettera gli artt. 175-185 Cod. proc. civ. francese aggiungendovi solo di più nei capoversi degli artt. 227 e 228 la definizione della garantia formale e della garantia semplice.

Lo stesso si può dire delle *Leggi della procedura nei giudizi civili,* che facevano parte del Codice per il Regno delle Due Sicilie, le quali ricopiavano agli artt. 269-279 (sotto il titolo solito « *Delle eccezioni dilatorie* ») gli artt. 175-185 del Codice francese; attribuivano ai giudici circondariali negli artt. 136-137 quelle disposizioni che il Codice francese ha negli artt. 32-33 per i giudici di pace, ammettevano la chiamata in garantia anche dinanzi ai conciliatori (art. 53).

Molto simili al Codice francese furono i Codici Sardo-piemontesi del 1854 e del 1859.

Nel *Codice Sardo-Piemontese* del 1854 le stesse disposizioni dei già ricordati artt. 175-185 Cod. proc. civ. francese si ritrovano con lo stesso ordine negli artt. 257-267; c'è qualche piccola differenza riguardo al termine entro cui la chiamata in garantia deve proporsi (« entro il termine che decorre per deliberare in merito » - art. 257) e ci sono di più, agli artt. 264-265, le definizioni della garantia formale e semplice. Gli artt. 122 e 123 applicano alla giustizia mandamentale gli stessi principî degli artt. 32 e 33 francesi; è aggiunto l'art. 125 per istabilire che, anche osservate le disposizioni degli artt. 122-123,

---

(9) Così l'Ekstein, *Die intervention nach österreichischen Rechte,* citato dal Galluppi, loc. cit., nota 47.

(10) Prima del 1814 in quasi tutti gli Stati d'Italia sottoposti ai Francesi, vigevano tante edizioni tradotte del Codice di procedura francese.

la questione di garantia, davanti ai giudici mandamentali, è separata dalla causa principale quando minacci di produrre indugi. Il Nuovo Codice di Procedura Civile del 20 settembre 1859 conservò intatto il testo degli artt. 122, 123, 125 che divennero rispettivamente gli artt. 134, 135, 136; gli artt. 259-260 si fusero in un solo art. 256 di ugual contenuto, gli artt. 264-265 si fusero ugualmente nel solo art. 260, gli altri rimasero invariati nel testo (salva una piccola modificazione letterale nell'art. 262 divenuto l'art. 258) e divennero rispettivamente da artt. 257, 258, 261, 262, 263, 266, 267 gli artt. 254, 255, 257, 258, 259, 261, 262.

58. — Qualche deviazione dal Codice francese, più di espressione che di concetto, si trova nel Codice estense e nel Regolamento Toscano.

Il *Codice di Procedura civile per gli Stati Estensi,* emanato il 14 giugno 1852 a Modena, dopo avere all'art. 37 stabilita la competenza del Giusdicente per una chiamata in garantia di qualunque valore e all'art. 142 la competenza dei Giudici di prima istanza in materia di garantia, tratta (sotto il T. XX, cap. II « *Delle eccezioni dilatorie* », § 3, artt. 487-500) della « *Denunzia di lite* ». Senza stare a ripetere le regole comuni col Codice francese, accennerò alle principali divergenze. Il termine per eseguire la denunzia di lite (così questo Codice si esprime, ma in realtà si tratta di una vera e propria chiamata in garantia) era diverso per l'attore e per il convenuto (art. 488); la mancata denunzia non faceva perdere il diritto di regresso contro il preteso garante (art. 489); la denunzia di lite si faceva con istanza, munita dei documenti giustificativi (artt. 490-491) al giudice, che decretava la sospensione e ordinava la citazione del garante a comparire nel termine di dieci giorni (art. 492); scaduto questo termine senza che il denunziato fosse comparso, il denunziante, entro cinque giorni da questa scadenza, doveva, se non voleva rinunciare alla denunzia, fare istanza per l'assegnazione di un nuovo termine di otto giorni al denunziato (art. 493); se costui non compariva, si giudicava in tal caso in sua contumacia la questione di garantia unitamente a quella principale; se compariva prima della scadenza del primo e del secondo termine, poteva assumer la lite, qualora il denunziante vi assentisse, o poteva negare il suo obbligo di garantia, nel qual caso la questione fra lui e il denunziante proseguiva dinanzi allo stesso giudice, ma separata dalla questione principale (artt. 494-497); regole analoghe, ma più semplici, valevano per i giudizi minori (art. 499); sull'esecutorietà delle sentenze e sulla facoltà di chiamare i sub-garanti valevano le solite regole (artt. 493 e 500).

59. — Il *Regolamento di Procedura civile per i Tribunali del Granducato di Toscana,* tornato in vigore nel 1814, regolava nel T. XIV, parte I, la « *Intimazione dei terzi obbligati a liberare e rilevare* », con accurate e minuziose disposizioni di cui darò soltanto un cenno sommario. Gli artt. 235-237 stabilivano che il terzo chiamato in rilevazione non poteva opporre eccezioni di incompetenza salvo il caso di distrazione dolosa di foro; gli artt. 238-245 davano specifiche norme per l'atto con cui chi voleva chiamare un garante notificava alla controparte questa sua intenzione, e per l'atto di intimazione al terzo, da notificarsi entro un mese dalla domanda principale, nonchè per la nuova decorrenza del termine probatorio sospeso. Se il terzo chiamato non si presentava, si giudicava in sua contumacia (artt. 246-247); se si presentava e accettava la difesa, forme speciali eran dettate per l'atto con cui dichiarava di assumer la lite e per l'istanza colla quale l'intimante chiedeva d'esser messo fuori di causa (artt. 248-249); se si presentava e negava l'obbligo, la sua opposizione era decisa unitamente col merito della causa (art. 250); le cause principali e di garantia, s'intendevano riunite di diritto, e dovevano subire tutte la sospensione legale che eventualmente intervenisse ad una, per essere tutte quante decise in una sola sentenza (artt. 251-252); se la sospensione della istanza derivava però esclusivamente dal rilevatore o se la causa principale si appoggiava a chiari documenti (art. 255), la causa principale si separava e si decideva a sè, con norme analoghe nel caso di più rilevatori (artt. 253-254); l'esecutorietà della sentenza, stabilita secondo la regola già ricordata all'art. 256, aveva speciali norme agli artt. 257-260 per le sentenze con ordine retrogrado.

60. — Una certa indipendenza si nota nella legislazione processuale dello Stato Pontificio.

Il codice di procedura civile pubblicato il 22 novembre 1817 per *motuproprio* di Pio VII, trattava, al Tit. XI del libro III, « *Della domanda di garantia e della liberazione dalle molestie* ». Secondo questo codice, la domanda di garantia o di liberazione dalle molestie, proponibile in qualunque stato di causa (art. 591), doveva esser decisa in una sola sentenza colla domanda principale, qualora fosse stata promossa entro il termine della prima citazione introduttiva del giudizio e dall'altra parte non venisse impugnata (art. 592); in caso contrario era in facoltà del tribunale disgiungere le due cause (art. 593). Il garante, al quale spettava per comparire un termine diverso secondo la distanza del suo domicilio (art. 594), era sottoposto al foro investito della causa principale, salvo che godesse il privilegio del foro ecclesiastico (artt. 595-597); se voleva esimersi

dalla rifazione delle spese (art. 604) doveva assumer la lite in forme determinate (art. 598-601), nel qual caso la causa era proseguita contro di lui, pur potendo il garantito restare in causa a proprie spese (artt. 602-603).

Norme in parte diverse furono adottate dal celebre *Regolamento Legislativo e Giudiziario* emanato dal Pontefice Gregorio XVI il 10 novembre 1834.

In esso, nella parte III che trattava delle leggi di procedura, al Titolo VIII « *Delle domande incidenti* », Sez. II « *Dell'intervento in causa* », era contemplata tra i casi di *intervento necessario* anche la chiamata in garantia (§ 855 n. 2); tale chiamata doveva avvenire con la denuncia della lite principale (§ 860), consistente in una citazione che doveva contenere copia della domanda principale (§ 861); fatta la citazione, il denunciante per ottenere la riunione delle due cause doveva chiederla con istanza motivata (§ 863); tale riunione doveva essere ordinata se concorrevano le seguenti circostanze: 1) che il diritto alla garantia resultasse dal medesimo titolo da cui derivava la domanda principale; 2) che la domanda fosse fatta entro un certo termine; 3) che il terzo assumesse la lite; altrimenti era in facoltà dei giudici concederla o no (§§ 864-865); il terzo poteva assumer la lite con speciale dichiarazione (§ 866) e la causa proseguiva contro lui solo, a meno che il garantito non preferisse rimanervi (§ 867). Sulle spese, si avevano particolari norme (§§ 867-869-870) che altrove esamineremo (avanti, Cap. decimo); la regola di competenza non aveva valore di fronte agli ecclesiastici, che godevano di un foro speciale (§ 862 e § 857); era poi espressamente stabilito che l'intervento necessario non poteva essere ammesso che dai giudici di prima istanza (§ 871).

§ 2. — *Legislazione vigente.*

61. — A sostituire questa così disparata legislazione processuale, col 1° gennaio 1866 andò in vigore in Italia il Codice di Procedura Civile vigente tuttora. Le disposizioni di questo Codice che regolano la chiamata in garantia sono le seguenti:

Tit. II, Cap. I, Sez. III. — « *Della competenza per connessione o continenza di causa* ».

Art. 100. — « L'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale, è competente a conoscere, eccettuato il caso d'incompetenza per materia o valore, ... dell'azione in garantia ».

Tit. IV, Cap. I. — « *Del procedimento formale davanti i Tribunali civili e le Corti d'Appello* ».

Sez. III, § 1. — « *Della garantia* ».

Art. 193. — « Chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne domanda nel termine stabilito per rispondere.

« Nel caso di più convenuti in garantia, si osserva la disposizione dell'art. 151 ».

Art. 194. — « Quando la domanda in garantia dia luogo ad altre domande della stessa natura, queste sono proposte nel termine indicato nell'articolo precedente ».

Art. 195. — « Quando sia proposta la declinatoria del foro, il termine per chiamare in garantia non decorre finchè non sia risoluta la questione di competenza ».

Art. 196. — « La domanda in garantia deve essere notificata anche all'attore nel termine stabilito per proporla ».

Art. 197. — « La domanda in garantia non sospende il corso della causa principale, se non è proposta e notificata a norma degli articoli precedenti ».

Art. 198. — « Nei casi di garantia per azioni reali, il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di esser messo fuori di causa.

« Quantunque messo fuori di causa, il convenuto ha diritto di assistere al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti, e l'attore può domandare che il medesimo vi resti per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardino ».

Art. 199. — « Le questioni relative alla domanda di garantia sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti ».

Art. 200. — « Le sentenze proferite contro il garante nelle azioni reali sono esecutive anche contro il garantito, e a questo effetto sono notificate ad ambedue.

« Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono essere fatti soltanto contro i garanti ».

Tit. IV, Cap. V. — « *Del procedimento davanti i Pretori* », Sez. I.

Art. 422. — « Quando nella prima risposta il convenuto domandi di chiamare in causa un garante, il Pretore accorda un termine per citarlo.

« Se la domanda non sia fatta nella prima risposta, o la citazione

del garante non sia eseguita nel termine stabilito, l'istanza in garantia è separata dalla causa principale ».

Tit. IV, Cap. VI. — « *Del procedimento davanti ai Conciliatori* », Sez. I.

Art. 449. — « Chi vuol porre in causa il garante deve farlo nel termine per comparire, o in quello che il Conciliatore gli accordi: altrimenti l'istanza in garantia è separata dalla causa principale ».

Alle disposizioni del Codice di Procedura civile, per la cui interpretazione è utile consultare la *Relazione Pisanelli,* si deve aggiungere l'art. 32 del R. Decreto 31 agosto 1901 per l'attuazione della Legge 31 marzo 1901 sulla Riforma del Procedimento sommario. Il testo di questo articolo è il seguente:

« Quando si voglia chiamare in causa un garante, il Presidente assegna il termine all'uopo, con riserva delle questioni a cui può dar luogo la chiamata in garantia.

« Se le parti siano d'accordo sulla chiamata del garante, e, dopo avvenuta questa, sulla messa fuori causa del garantito, il Presidente provvede con ordinanza.

« La chiamata in garantia proposta dinanzi al collegio non ritarda la decisione della lite principale ».

Per bene intendere la natura della chiamata in garantia nel nostro diritto, dovremo integrare queste norme di carattere strettamente processuale, con norme sostanziali tratte dal Codice Civile: importantissima fra queste è la disposizione dell'art. 1497, secondo il quale

« La garantia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza passata in giudicato, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi prova che vi erano sufficienti motivi per far respingere la domanda ».

62. — La esposizione da noi fatta dello svolgimento storico dell'azione di garantia ci permette di concludere che la chiamata in garantia accolta dal nostro diritto processuale è un istituto di origine schiettamente germanica (11). Nel nostro Codice vigente essa è giunta,

(11) V. CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pag. 15. Sulla origine germanica della nostra chiamata in garantia e sul fenomeno per cui nell'attuale diritto germanico

attraverso i Codici sardo-piemontesi, dal Codice di procedura francese, il quale, pel tramite dell'Ordinanza del 1667, ha definitivamente accolto e stabilmente disciplinato un istituto sorto e svoltosi nella pratica del *droit coutumier,* sotto l'influsso evidente di locali procedure germaniche. Abbiamo visto che, in Italia, la coscienza giuridica, trasformata la fondamentale concezione dell'azione di garantia, era matura a sostituire alle regole romane della *denunciatio litis* quelle germanico-francesi della chiamata in garantia: cosicchè il passaggio da un istituto all'altro avvenne per insensibili gradi, onde potè sembrare a qualcuno che la chiamata in garantia fosse nient'altro che il naturale svolgimento della denunzia di lite romana. Ma se tal confusione avvenne specialmente in Italia, dove, come si è veduto (dietro, n. 37), si volle giustificare l'accoglimento dell'istituto germanico colla erronea interpretazione di regole classiche, non mancò nei giuristi francesi la netta visione della opposizione che in materia di garantia si verificava tra il diritto classico e la pratica forense (12). Devesi notare peraltro che se la chiamata in garantia, come forma processuale, è di origine germanica, essa serve oggi all'esercizio di diritti sostanziali che hanno pura origine romana: dal che deriva che, specialmente in ciò che riguarda i suoi effetti sostanziali (per es. art. 1497 Cod. civ.), l'istituto germanico ha subìto notevoli influssi dal diritto romano classico.

è accolta la denunzia di lite di origine italiana, mentre nel diritto italiano vigente è accolta la chiamata in garantia di origine germanica, v. WACH, *Handbuch,* pag. 656-658.

(12) Erra dunque il GALLUPPI (op. cit., n. 77) quando parla del « sistema francese *derivato dalla dottrina italiana* ».

SEZIONE SECONDA

LA CHIAMATA IN GARANTIA NEL DIRITTO PROCESSUALE ITALIANO

CAPITOLO III

CARATTERI GENERALI DELLA CHIAMATA IN GARANTIA

SOMMARIO

§ 1. — *Costituzione processuale della chiamata in garantia.*

63. L'azione di garantia presuppone l'azione di molestia. — 64. Diversi modi di esercitare l'azione di garantia: 1.° Azione di garantia in via principale. — 65. 2.° Azione di garantia in via principale preceduta da denunzia di lite. — 66. 3.° Azione di difesa esercitata separatamente dall'azione di regresso (Reg. Giuseppino). — 67. 4.° Chiamata in garantia - Definizione - Elementi: *a*) Chiamata in causa del garante - *b*) Esercizio dell'azione di difesa; *c*) e dell'azione di regresso. — 68. Chiamata in causa del garante con duplice scopo - Articolo 1497 Cod. civ. — 69. Esercizio dell'azione di difesa e dell'azione di regresso.

§ 2. — *Modalità d'esercizio.*

70. Condizioni necessarie e sufficienti per l'esercizio della chiamata in garantia. — 71. Da chi può essere esercitata: da chi è parte in causa, attore o convenuto. — 72. Dall'attore, in sostituzione del convenuto. — 73. Dall'interveniente: distinzioni. — 74. Contro chi può essere esercitata: contro il terzo.

§ 3. — *La chiamata in garantia di fronte agli istituti processuali affini.*

75. Eccezione dilatoria contro il terzo molestante, azione contro il garante. — 76. Sistemazione della chiamata in garantia nel quadro del diritto processuale: è un mezzo per integrare gli elementi subiettivi del giudizio. — 77. Si distingue: dall'intervento volontario del garante. — 78. Dall'intervento coatto. — 79. Dalla denunzia di lite. — 80. Dalla designazione di autore. — 81. Partizione della materia.

§ 1. — *Costituzione processuale della chiamata in garantia.*

63. — L'azione di garantia, il cui scopo immediato è quello della difesa processuale, presuppone evidentemente un'azione promossa da

un terzo contro il garantito o dal garantito contro un terzo, la quale, col dar luogo ad un giudizio, viene ad arrecare al garantito quella *molestia,* dalla quale il garante è obbligato a difenderlo. Noi per brevità chiameremo l'azione presupposta dall'azione di garantia col nome di *azione di molestia;* la domanda giudiziaria nella quale essa si esplica, col nome di *domanda di molestia;* la questione giudiziaria che ne deriva, col nome di *questione di molestia;* la parte contraria al garantito in tale questione, col nome di *terzo molestante* (1).

64. — Quando colui, in favore del quale esiste un obbligo di garantia, si trova davanti alla molestia giudiziaria, dalla quale il garante deve difenderlo, si può immaginare che egli affronti colle proprie forze il dibattito che gli si presenta, e cerchi di respingere le pretese avversarie (o di far valere le proprie, se è attore) senza chiedere al garante, estraneo al giudizio e forse di esso ignaro, l'aiuto da lui dovuto. Può accadere, in tale ipotesi, che il garantito che ha voluto

---

(1) Gli autori italiani, e lo stesso nostro Cod. proc. civ. (art. 100) usano le espressioni di azione *principale,* questione *principale;* ma non sembra esatta tale denominazione, che potrebbe far credere, come non è, che l'azione di garantia sia, in confronto dell'azione *principale,* un'azione accessoria (avanti, n. 88); i Francesi, forse più propriamente, chiamano l'azione di molestia col nome di « *demande originaire* ». La ragione per cui credo preferibili le espressioni riferite, è l'opportunità di stabilire una specie di parallelismo verbale tra le denominazioni delle due azioni e delle due questioni che, nel corso di questo studio, considereremo sempre nei reciproci rapporti: azione *di molestia* e azione *di garantia;* domanda *di molestia* e domanda *di garantia;* questione *di molestia* e questione *di garantia.* Tali espressioni però, che hanno un valore puramente convenzionale, potrebbero dar luogo a equivoci, quando non se ne stabilisse fin d'ora il preciso significato. Anzitutto il valore grammaticale della qualifica dell'una (azione *di molestia*) non è uguale a quello della qualifica dell'altra (azione *di garantia*); quando diciamo azione *di garantia,* intendiamo quell'azione che ha *per oggetto* la garantia, mentre, quando diciamo azione *di molestia,* intendiamo quell'azione la cui proposizione in giudizio ha *per effetto* una molestia giudiziaria al garantito. Inoltre quando si dice *azione di molestia,* viene in mente soltanto il caso, in pratica più frequente, in cui tale azione sia fatta valere dal terzo contro il garantito, perchè in questo caso la molestia per il garantito convenuto è data veramente dalla proposizione di tale azione; ma si verificano dei casi in cui l'azione è fatta valere dal garantito contro il terzo, nel qual caso la molestia per il garantito non è data dalla proposizione della domanda altrui, ma dalla resistenza del convenuto alla domanda sua. Orbene, anche l'azione che in tali casi il garantito promuove, noi comprendiamo per brevità nella denominazione di *azione di molestia*: essa quindi si può definire quell'azione, la cui proposizione dà luogo a un giudizio, nel quale si produce ai danni del garantito quella molestia giudiziaria dalla quale il garante è obbligato a difenderlo. Quello che noi chiamiamo *terzo molestante* e che può essere tanto attore quanto convenuto, è generalmente chiamato dagli autori *attore principale* (*demandeur originaire*).

combattere da sè solo, resti soccombente nella lite; ed allora egli potrà direttamente e separatamente rivolgersi contro il garante e richiedere a lui i danni derivati dalla soccombenza, cioè dalla mancata difesa del garante. Questo modo di esercitare l'azione di garantia, dopo che già, nella questione di molestia, si è verificata la soccombenza ai danni del garantito, dicesi *azione di garantia in via principale;* e, siccome contro una soccombenza già verificatasi, non si può chiedere più la difesa, così, praticamente, questa azione di garantia in via principale si riduce a una comune azione di risarcimento di danni, perchè soltanto a un risarcimento può in pratica condurre. Bisogna peraltro guardarsi dal cadere in una inesattezza: quando si abbia in mente quella suddivisione già fatta dell'azione di garantia in *azione di difesa* e *azione di regresso* (dietro, n. 6), potrebbe venir fatto di pensare che l'azione di garantia in via principale equivalga nè più nè meno che all'azione di regresso; ma ciò non corrisponde alla verità teorica, quando si rifletta che il garantito, già danneggiato dalla soccombenza nel giudizio di molestia, esercitando l'azione di garantia in via principale chiede che il giudice dichiari:

1) che il garante *era tenuto* a prestargli difesa contro la molestia (azione di difesa);

2) che il garante, non avendo prestato la difesa cui era obbligato, è *tenuto* a risarcire i danni da ciò derivati (azione di regresso).

L'azione di garantia proposta in via principale, adunque, conserva in sè entrambi gli elementi di cui si compone; ma il primo (azione di difesa) è fatto valere non più come scopo, ma come *mezzo* per potere esercitare il secondo (azione di regresso).

65. — Si può, in secondo luogo, imaginare che il garantito, quando si trova in presenza della molestia giudiziaria, prima di accingersi a sostenere da sè solo il dibattito, voglia dar notizia al garante che quella molestia, dalla quale egli deve difenderlo, si è verificata, e che quindi è giunto il momento di adempier l'obbligazione di difesa. Non bisogna confondere colla vera e propria domanda di difesa, che tende a ottener dal giudice una pronuncia sull'obbligo del garante, questa semplice *denunzia di lite* (propria oggidì, come si è visto, dei diritti processuali germanici) la quale ha il solo scopo di informare il garante della iniziata questione di molestia e di metterlo in grado, se vuole, di adempier l'obbligo suo. In virtù di questa denunzia può accadere che il garante intervenga nella lite denunziatagli e si accinga a prestarvi l'opera sua di difensore: in questo caso, qualora egli resti soccombente di fronte al terzo molestante, il garantito, dopo verificatasi tal soccombenza, potrà far valere contro

il garante l'azione per ottenere il risarcimento del danno, la quale in questo caso sarà ridotta alla semplice *azione di regresso,* avendo il garante, coll'assumer volontariamente la difesa, resa inutile su tale obbligazione la pronuncia del giudice. Ma può accadere altresì che, quantunque il garantito si sia dato cura di denunziar la lite al garante, costui non intervenga nella causa di molestia o vi intervenga soltanto per negare l'obbligo di difesa: in tale caso il garantito prosegue a sostener in proprio la lite contro il terzo molestante, nè alcuna pronuncia del giudice è provocata sull'obbligo di difesa dal fatto della avvenuta denunzia, unico effetto della quale è quello di estendere anche al garante l'efficacia della sentenza. In questa ipotesi, se il garantito resta soccombente, egli promoverà per ottenere il risarcimento del garante l'azione di garantia in via principale, chiedendo che il giudice dichiari l'esistenza nel garante dell'obbligo alla difesa (azione di difesa) e il conseguente obbligo al risarcimento (azione di regresso).

Ciò vale, ben s'intende, quando si concepisca l'obbligazione di garantia come obbligazione processuale di difesa; che, al contrario, ove essa si concepisca soltanto nel senso di obbligazione sostanziale di risarcimento — come accade quasi sempre nel diritto tedesco, nel quale si parla di un diritto a indennità e quasi mai di un diritto a difesa (2) — allora, anche se il denunziato non presta volontariamente la difesa, il denunziante non potrà mai far valere contro di lui un'azione di difesa, ma dovrà in ogni caso limitarsi a esperimentare un'azione di regresso (*Regressklage*).

66. — Un terzo modo d'esercitare l'azione di garantia è quello che veniva seguito in Austria in virtù del Regolamento Giuseppino (secondo il quale, come appariva dal § 58, l'obbligo del garante era un vero e proprio obbligo di difesa; dietro, n. 50) prima delle modificazioni ad esso apportate, come si è visto, da un Aulico Decreto del 1808. Il garantito, quando si trovava in presenza della molestia giudiziaria, dava notizia al garante della lite iniziata (*denunzia di lite*); se il garante spontaneamente interveniva a prestar la difesa, il processo ulteriore si svolgeva secondo le regole poste al numero precedente; ma, qualora il garante negasse di esser tenuto a prestar la difesa, il garantito poteva separatamente proporre contro di lui, al foro territoriale, la vera e propria *azione di difesa — Vertretungskla-*

---

(2) « *Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung* »; « *Rückgriffsrecht* ». Che nel diritto germanico attuale non esista una obbligazione processuale di difesa e quindi un diritto del garantito a esser difeso, lo dice chiaramente il WACH, *Handbuch,* pag. 655 e 658.

ge (3) — chiedendo che il giudice dichiarasse il garante obbligato a prestar la difesa contro l'azione di molestia già iniziata.

Durante lo svolgimento di questo processo tra garantito e garante, la questione di molestia restava sospesa: se il garante veniva assolto dalla domanda di difesa, era per sempre liberato e il garantito non poteva più far valere contro di lui l'azione di regresso (4); se, al contrario, il garante era condannato a prestar la difesa, poteva darsi ch'egli eseguisse la sentenza, recandosi a difendere il garantito nel giudizio di molestia, oppure ch'egli, ciò non ostante, non volesse prestarsi alla difesa del garantito. In entrambe queste due ipotesi, qualora le pretese del molestante fossero accolte, il garantito poteva ottenere il risarcimento della soccombenza mediante la sola *azione di regresso,* non essendovi qui bisogno di esercitare l'azione di difesa, sulla quale già era stata emanata una pronuncia. Il sistema del Regolamento Giuseppino, di cui ho dato così un sommario profilo, è molto interessante, perchè permette di dissociare e di considerare separati nel tempo e nello spazio quei diversi elementi, che sono contemporanei e confusi nella nostra chiamata in garantia. Il garantito, infatti, dopo essere ricorso anzitutto alla denunzia di lite, colla quale mette in grado il garante di eseguir spontaneamente la sua obbligazione, esercita in secondo luogo l'azione di difesa, che mira a ottener dal giudice una pronuncia sulla obbligazione stessa, non spontaneamente adempiuta sul garante, e, in fine, l'azione di regresso, nascente dal fatto che l'obbligazione di difesa, dichiarata dal giudice, non è stata eseguita.

67. — Da tutt'e tre questi modi di esercitare l'azione di garantia differisce la nostra *chiamata in garantia* (5), la quale può esser denominata anche azione di garantia *in via incidentale,* in confronto coll'azione di garantia *in via principale,* già considerata.

Nel nostro diritto processuale l'azione di garantia può sempre essere esercitata in via principale, quando già si è verificata ai danni del garantito la soccombenza nella questione di molestia, nel modo già visto nel n. 64; ma questa forma di esercizio presenta dei rischi per il garantito, facendo sorgere a favore del garante una eccezione che in seguito esamineremo (art. 1497 Cod. civ.). Assai più vantaggiosa, sotto tutti gli aspetti, è la chiamata in garantia, colla quale il garantito non attende di esser soccombente nella questione

(3) V. WACH, *Handbuch,* pag. 655, in fine.

(4) Contro: FISCHER, op. cit., § 33.

(5) Francese: *demande* o *recours en garantie;* portoghese: *chamamento à authoria;* rumeno: *chemarea în garantie.*

di molestia per poi rivolgersi separatamente contro il garante dinanzi al foro territoriale di costui, ma, dinanzi allo stesso giudice investito della questione di molestia e contemporaneamente collo svolgimento di questa, fa valere contro il garante tanto l'azione di difesa quanto l'azione di regresso. Della chiamata in garantia si può dare la definizione seguente:

« *La chiamata in garantia è l'istituto processuale in forza del quale chi è parte in una causa vertente sopra un oggetto per cui un terzo gli deve garantia* (questione di molestia), *chiama in causa questo terzo per metterlo in grado di prestare spontaneamente la difesa e per estendere anche a lui gli effetti del giudicato; e, in previsione che il terzo neghi di esser tenuto alla difesa, o, pur acconsentendo a prestarla, resti soccombente, chiede, allo stesso giudice investito della questione di molestia, che dichiari il terzo tenuto a prestar la difesa* (azione di difesa) *e a risarcire il danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa* (azione di regresso) » (6).

Come appare dalla definizione, l'istituto della chiamata in garantia è un istituto complesso, nel quale si associano in un atto unico elementi che si potrebbero concepire separati e che, difatti, separatamente esistono in altre legislazioni. Per aver chiara la visione della natura di questo istituto, è opportuno far l'analisi delle unità elementari che concorrono a costituirlo, e, a tale uopo, astrattamente dissociarle, pur senza dimenticare che nella loro concreta esistenza esse si confondono e vicendevolmente si integrano in un unico organismo processuale.

Nella chiamata in garantia si possono distinguere tre diversi elementi:

a) chiamata in causa del garante;

b) proposizione dell'azione di difesa;

c) proposizione dell'azione di regresso.

Esaminiamo la natura, lo scopo e gli effetti di ciascuno di questi tre elementi separatamente considerato.

68. — *a*) La *chiamata in causa* del garante nel giudizio di molestia (intervento coatto su domanda di parte), ha gli stessi scopi ai quali mira la *denunzia di lite* che i moderni diritti processuali germanici hanno tratto dall'antico diritto romano: vale a dire: 1) lo

---

(6) La definizione della chiamata in garantia data dal CABERLOTTO (*Garantia, Dig. it.*, XII) e anche quella già data da me, nell'*Appendice sulla chiamata in garantia*, n. 7 (nel *Trattato* del GARSONNET, tradotto a cura del prof. LESSONA, vol. III) sono per più rispetti meno esatte e meno compiute di quella adottata nel testo.

scopo di informare il garante che la molestia giudiziaria si è verificata e di metterlo così in grado di prestar la difesa; 2) lo scopo di estendere al garante la efficacia del giudicato che accolga ai danni del garantito l'azione di molestia, il quale giudicato avrebbe altrimenti di fronte al garante il valore di *res inter alios acta.*

1) In relazione al primo scopo, bisogna riflettere che l'obbligazione di garantia è, come si è detto, una obbligazione condizionata, la quale diventa eseguibile soltanto quando sorge il giudizio di molestia. Ora la chiamata in causa del garante ha appunto il fine di avvertir l'obbligato che la condizione si è verificata e che la prestazione di garantia è divenuta esigibile; la chiamata in causa serve per dir così a mettere in mora il garante rispetto alla prestazione della difesa processuale: se il garante, interpellato mediante la chiamata in causa, si rifiuta di eseguir l'obbligazione non più condizionata, il suo rifiuto costituisce quel fatto contrario al diritto che fa sorgere nel garantito l'azione di difesa (7).

2) Come conseguenza di questo primo scopo, la chiamata in causa del garante mira, secondo quel che ho detto, a estendere al garante l'efficacia del giudicato che eventualmente accolga l'azione di molestia. La chiamata in causa ha l'effetto di costringere il garante a intervenire nella causa di molestia: e, quand'anche egli non si presenti, o, presentandosi, non acconsenta a prestar la difesa, il giudizio svoltosi dopo la chiamata in causa avrà efficacia anche di fronte a lui, presente o regolarmente contumace, e la sentenza che porrà fine al giudizio farà stato anche contro di lui (8).

Se al contrario, come accade nel caso di azione di garantia proposta in via principale, il garantito non chiamasse nella causa di molestia il garante, questi, ignorando la proposizione dell'azione di molestia, non avrebbe modo di adempier l'obbligazione e rimarrebbe del tutto estraneo alla causa del garantito.

Potrà, ciò posto, il garante non chiamato dal garantito nella causa di molestia, respingere l'azione di garantia in seguito proposta in via principale, coll'eccepire che il garantito, non denunziandogli

---

(7) V. più particolarmente studiati questi punti ai nn. 90-91.

Si è già accennato che alcuni autori identificano la domanda di difesa colla chiamata in causa del garante (per es. De Paepe, op. cit., n. 64); ma tale identificazione non è conforme alla verità, poichè, mentre la domanda di difesa mira a provocare una pronuncia giudiziaria sull'obbligo di difesa, la chiamata in causa del garante mira a provocare soltanto la spontanea prestazione della difesa da parte del garante.

(8) V. su questo punto la mia Nota « *Sulla efficacia di fronte al garante della sentenza...* ecc. », n. II-III (*Foro it.*, 1913, I, pag. 96). E sullo stesso scopo che ha nel diritto germanico la denunzia di lite, Wach, *Handbuch*, pag. 654-655.

la lite, non gli ha dato modo di prestare in tempo la difesa, e che quindi la difesa è mancata non per sua inadempienza, ma per colpa del garantito stesso? In verità, quando il garante non sa che l'azione di molestia è sorta, e che, quindi, la sua obbligazione di difesa è diventata esigibile, non si può considerarlo come inadempiente: nè parrebbe equo permettere al garantito di richiedere al garante i danni derivati dalla inadempienza di una obbligazione rispetto alla quale il garante non è mai stato messo in mora. Questo principio era accolto nel diritto romano, per il quale in mancanza di denunzia di lite, il garantito non aveva regresso per i danni della soccombenza contro il garante, poichè si presumeva, *iuris et de iure* (9), che, qualora il garante fosse stato avvertito, avrebbe potuto con validi mezzi respingere l'azione di molestia; e anche in alcune legislazioni moderne vige questo principio assoluto, come, ad esempio, nel Cod. civ. spagnolo, il cui art. 1481 stabilisce: « Il venditore sarà tenuto alla garantia che gli incombe, se è provato che la domanda di evizione (azione di molestia) gli è stata notificata su richiesta del compratore. *In mancanza di questa notificazione, il venditore non sarà tenuto alla garantia* » (10).

Tuttavia, se pare equo non far ricadere sul garante le conseguenze di una soccombenza che egli non ha avuto possibilità di scongiurare, non parrebbe equo far ricadere il danno di tale soccombenza sul garantito, quand'egli potesse provare che il garante, anche se fosse stato chiamato in causa, non avrebbe avuto validi mezzi per respingere l'azione di molestia; in tal considerazione, molti giuristi del diritto comune hanno voluto considerare la presunzione di colpa, che nasce a carico del garantito in caso di mancata denunzia di lite, come una presunzione *iuris tantum*, contro la quale il garantito è ammesso a provare la insufficienza dei mezzi di difesa che il garante avrebbe fatti valere, ove la lite gli fosse stata denunziata. Il nostro diritto è anche più favorevole al garantito, quando, all'art. 1497 Cod. civ., stabilisce, in conformità del diritto francese

---

(9) Abbiamo già detto che alcuni romanisti reputano che tal presunzione fosse *iuris tantum* (dietro, n. 16).

(10) Disposizione analoga si trovava nel § 49 del Regolamento per il Lombardo-Veneto: per essa era stabilito che il compratore « in caso di mancanza (di denunzia) non potrà più ricercare nè in merito della causa, nè per le spese processuali alcuna reintegrazione »; ma questa regola, inspirata alla più rigorosa interpretazione del diritto romano, fu poi derogata dal § 931 Cod. civ. austriaco (v. WINIWARTER, *Il diritto civile universale austriaco*, trad. A. CALLEGARI, parte IV, pag. 120 e segg.). Nel senso del Codice spagnolo dispone la Legge Processuale di Friburgo (§ 63).

ed austriaco (11), che « la garantia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza passata in giudicato, senza chiamare in giudizio il venditore, *se questi prova* che vi erano sufficienti motivi per respingere la domanda »; per tale disposizione, anzichè presumere la colpa del garantito per la mancata denunzia e ammettere il garantito a provare contro tale colpa, si stabilisce una presunzione a favore del garantito invertendo l'onere della prova, che viene a gravar sul garante.

Non più, nel nostro diritto, il garantito, per mantener l'azione di garantia contro il garante non chiamato in causa, deve provare che il garante non avrebbe avuto motivi sufficienti per far respingere l'azione di molestia; l'azione di garantia al contrario resta nel garantito finchè il garante non provi che avrebbe avuto questi motivi sufficienti. Invece della prova, fornita dal garantito, della *inesistenza* di validi mezzi per respingere l'azione di molestia, occorre la prova della *esistenza* di tali mezzi, fornita dal garante (12).

L'art. 1497 citato riguarda un caso speciale di garantia formale derivante dal contratto di vendita; esso ha lo scopo di difendere il venditore dalla negligenza o dal dolo del compratore, il quale, in una lite mossagli da un terzo per rivendicazione della cosa acquistata, può restar soccombente perchè si difende fiaccamente, o perchè, essendosi pentito dell'acquisto fatto, abbia interesse a subir l'evizione (13).

Si deve peraltro ritenere che il principio di giustizia contenuto in questo articolo sia applicabile in tutti i casi di garantia formale o semplice; talchè, ogni qualvolta il garantito si rivolga contro il garante in via principale, senza averlo chiamato nella causa di molestia, possa il garante liberarsi dalla sua domanda, provando che,

---

(11) Cod. Nap., art. 1640; Cod. Austr., § 931; Cod. Albertino, art. 1647; Cod. Estense, art. 1634 (cfr. anche il Cod. proc. civ. estense, art. 489); Cod. Parmense, art. 1456; Cod. Napoletano, art. 1486. Principio accolto anche dalle leggi processuali svizzere (Sciaffusa, § 124; Grigioni, art. 46; Zurigo, § 249; Argovia, § 42; S. Gallo, § 69; Lucerna, § 89; ecc.).

(12) Lessona, *Teoria delle prove*, V, n. 84.

(13) Boggio, *Dell'evizione*, n. 488 e segg.; Fischer, op. cit., § 16, sul dovere di denunziar la lite. Sulla questione se, agli effetti dell'art. 1497, si richieda una vera e propria chiamata in causa o basti un avvertimento stragiudiziale, v. Boggio, loc. cit.; Momigliano, *Garantia*, n. 6; App. Casale, 20 luglio 1903, *Giur. tor.*, 1903, 130, con nota. V. anche Fischer, op. cit., § 18. La chiamata in garantia, contenendo sempre implicita una chiamata in causa, serve sempre agli effetti dell'art. 1497 Cod. civ. Ma non è detto che « il chiamare in giudizio » di cui parla detto articolo, debba essere necessariamente una chiamata in garantia: anche nel nostro diritto, agli effetti dell'art. 1497, basta una semplice denunzia di lite (avanti, n. 79).

ove fosse stato chiamato in causa, avrebbe potuto prestare una difesa efficace (14) (*).

69. — Insieme colla chiamata in causa del garante, della quale abbiamo veduto gli scopi, la chiamata in garantia contemporaneamente comprende in sè l'*esercizio dell'azione di difesa* e l'*esercizio dell'azione di regresso.*

Tanto l'azione di difesa, quanto l'azione di regresso non sarebbero a rigor di termini ancora sorte nel momento in cui viene eseguita la chiamata in causa del garante. Quando, com'io ritengo, si debba concepire l'obbligazione di garantia quale una obbligazione di prestar la difesa processuale contro una molestia già iniziata (avanti, n. 90), il fatto contrario al diritto che fa sorgere l'azione di difesa non è la proposizione della domanda di molestia, ma il rifiuto del garante a eseguire spontaneamente l'obbligo suo di difesa; cosicchè la domanda di difesa non si dovrebbe poter proporre prima che il garante, chiamato in causa, abbia dichiarato se intende di assumere la difesa o di non assumerla (così avveniva, infatti, sotto il Reg. Giuseppino). Lo stesso si deve dire per l'azione di regresso, la quale, presupponendo che l'obbligo del garante alla difesa sia stato spontaneamente riconosciuto o dichiarato dal giudice, e che, ciò non

---

(14) Anche il FISCHER (op. cit., § 16) ritiene che, in ogni caso di garantia, ognuno il quale sarebbe abilitato a rivolgersi contro un terzo nel caso di soccombenza in lite, debba, a salvaguardia del suo diritto di regresso, denunciar la lite; v. anche la mia Nota già citata, n. V. Questo principio generale già si trova in BEAUMANOIR (op. cit., XXXIV; v. GARSONNET, op. cit., § 942, nota 4). Una disposizione che ha una certa analogia con quella dell'art. 1497, è quella dell'art. 1918 Cod. civ. (2031 Cod. Napoleone), secondo il quale « se il fideiussore ha pagato senza essere convenuto *e senza avere avvertito il debitore principale,* non ha alcun regresso contro di questo nel caso in cui al tempo del pagamento *il debitore avesse avuto mezzi di far dichiarare estinto il debito,* salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione ».

(*) La proposizione della chiamata in garantia se, con effetto identico alla denunzia di lite, libera il garantito dalla eccezione dell'art. 1497 Cod. civ., non lo libera però dal dovere di continuar la causa qualora il chiamato in causa non la voglia assumere; v. App. Palermo, 12 marzo 1897, *Foro sic.*, 1897, 241. Stabilisce l'art. 322 del Cod. proc. civ. Portoghese che il garantito, anche dopo eseguita la chiamata in garantia, deve seguir la causa in tutti i suoi termini e interporre e accettare appello, se vuol conservare l'azione di regresso contro il garante. Disposizione analoga si trova in molte leggi svizzere (per es. Zurigo, § 249, capov.; Sciaffusa, § 124, capov.; S. Gallo, § 69, capov.). Avvenuta la chiamata in garantia, non potrà più il garante valersi dell'eccezione dell'art. 1497 Cod. civ., ma potrebbe tuttavia eccepire che la soccombenza del garantito è derivata da suo dolo o colpa grave. V. Codice di Vaud, art. 150; Lucerna, § 88, capov.; Friburgo, § 60, lett. *a.*

ostante, non sia stato validamente eseguito, mira a ottenere il risarcimento di un danno non ancora verificatosi al momento della chiamata in causa del garante; e non potrebbe, così, sorgere prima che il giudice si fosse pronunciato sulla domanda di difesa e prima che si fosse verificata ai danni del garantito la soccombenza nella questione di molestia.

In virtù della chiamata in garantia, l'una e l'altra azione, quantunque, astrattamente considerate, non siano sorte ancora, vengono fatte valere insieme colla chiamata in causa del garante, in previsione che i presupposti di esse si verifichino nel corso del processo. La domanda di difesa vien proposta in previsione che il garante rifiuti di prestare spontaneamente la difesa; la domanda di regresso viene proposta in previsione che la domanda di difesa sia accolta dal giudice (o l'obbligo di difesa spontaneamente riconosciuto) e che nella questione di molestia si verifichi una soccombenza ai danni del garantito. Si tratta adunque non solo di due domande *cumulative*, colle quali si fanno valere contemporaneamente due diritti, il secondo dei quali non sorge altro che quando venga riconosciuto il primo (15); sibbene di due domande *condizionate* entrambe, la prima al rifiuto del garante a prestar spontaneamente la difesa, la seconda alla soccombenza del garantito nella questione di molestia.

§ 2. — *Modalità d'esercizio.*

70. — Le condizioni necessarie e sufficienti per l'esercizio della chiamata in garantia, sono, come appare dalla definizione, le seguenti:

1) la pendenza di un giudizio (questione di molestia) nel quale la difesa possa essere richiesta e prestata;

2) l'esistenza in una delle parti di questo giudizio, di un diritto di garantia (difesa processuale) contro un terzo, in relazione all'oggetto della lite.

La prima di queste condizioni è intuitivamente resa necessaria dalla natura del diritto di garantia. Se non esiste l'*offesa*, cioè la molestia giudiziaria, non è ragionevole chiedere la *difesa;* e se la domanda di garantia in via principale, il cui unico scopo pratico è quello di conseguire un risarcimento, si può concepire anche dopo

---

(15) Come accade nel caso contemplato dall'art. 1096 Cod. civ., in cui si propone cumulativamente la domanda di rescissione e la domanda di rivendicazione. V. CHIOVENDA, *Principii* (3.ª ediz.), pag. 39.

che la molestia sia irrimediabilmente avvenuta, la domanda di garantia in via incidentale, il cui primo scopo è quello di far respingere la domanda di molestia, non si può concepire se non quando la questione di molestia sia sempre pendente, come, affinchè si possa dar luogo a un intervento in causa, è necessario che sia aperta una lite nella quale si possa intervenire (16).

La seconda condizione è non meno essenziale della prima. La facoltà di chiamare in causa il terzo colle speciali regole che in seguito saranno esaminate, deriva appunto dall'obbligo che il terzo ha di garantire; se tale obbligo non esiste è naturale che non esista nemmeno la forma processuale per chiederne l'adempimento. E tuttavia, come altrove abbiamo avvertito (dietro, n. 7), si tende in pratica ad estendere le regole della chiamata in garantia a tutti i casi nei quali chi è parte in un giudizio ha contro un terzo non un diritto di garantia vera e propria (difesa processuale), ma un diritto di semplice rivalsa nel caso di soccombenza.

71. — Da chi può essere proposta la chiamata in garantia? Risponde la definizione: da colui che, avendo un diritto di garanzia contro un terzo, è *parte* in lite. Non dunque il giudice potrebbe chiamare d'ufficio un terzo in garantia, nè potrebbe il garantito pretendere che la comparizione del terzo fosse ordinata dal giudice (17).

La chiamata in garantia potrà esser proposta da tutte e due le parti che stanno in contraddittorio nella lite: tanto dall'attore, quanto dal convenuto (18). In pratica è quasi sempre il convenuto che si trova nel caso di chiamare un garante a difenderlo dalle pretese dell'attore; ma si potranno verificare anche delle situazioni in cui nel caso stesso si troverà l'attore contro le opposizioni del convenuto. Per esempio *B* compra da *C* un immobile, ma, quando va per prenderne possesso, lo trova occupato da un terzo possessore *A*; allora egli agisce contro *A* in rivendicazione dell'immobile, e, per vincer più facilmente la sua opposizione, chiama in garantia ad assisterlo

---

(16) Cass. Torino, 14 luglio 1886, *Giur. tor.*, 1886, 496. Vedremo tuttavia che in un caso speciale l'azione di garantia può esser fatta valere *prima* che sia sorta la questione di molestia. Avanti, n. 101.

(17) GLASSON, *Précis*, I, pag. 720, e decisioni, da lui citate, della Cass. Francese, 11 febbraio 1840, 22 aprile 1879. V. anche App. Roma, 13 aprile 1899, *Legge*, 1899, 1, 806. Anche la denunzia di lite germanica è un'attività della parte e non un'attività del giudice; v. WACH, *Handbuch*, pag. 653.

(18) V. FISCHER, op. cit., § 20; GARSONNET, op. cit., § 942. Già in MASUERII, *Practica forensis* (*Tractatus de dilationibus*, n. 17), si trova detto: « *dilatio pro garando, quae datur* TAM REO QUAM ACTORI ».

contro il convenuto *A* il venditore *C* (19). Simili casi in cui la chiamata in garantia vien proposta dall'attore si verificano soltanto quando trattasi di garantia formale; nella garantia semplice sono impossibili (20).

Sebbene il diritto di chiamare un terzo in garantia possa spettare indistintamente all'una o all'altra delle due parti in giudizio, le leggi positive, codificando quello che in pratica è il caso più comune, hanno quasi sempre di mira, quando parlano della chiamata in garantia, la chiamata mossa dal convenuto: e danno regole processuali con particolar considerazione a questo caso più frequente (21).

72. — La chiamata in garantia può essere esercitata dall'attore e dal convenuto secondo che in favore dell'uno o dell'altro esista un diritto di garantia. Ma potrebbe l'attore chiamare in garantia un terzo che, in relazione all'oggetto della lite, deve garantia non a lui attore, ma al convenuto?

---

(19) Avverto che, nei numerosi esempî esplicativi che porterò nel corso di questo studio, indicherò sempre per brevità, anche senza espressamente specificarlo, il terzo molestante colla lettera A, il garantito colla lettera *B*, il garante colla lettera *C*.

(20) Il MORTARA (*Comm.*, IV, pag. 515) scrive: « Le azioni per garantia semplice, data la loro origine, non possono appartenere se non a chi sia convenuto, salvo *quella del possessore che incontri opposizione a entrare nel possesso della cosa locata* ». Ma questo esempio, a parer nostro, è proprio un caso di garantia formale. V. GARSONNET, op. cit., § 950.

(21) Tra i Codici degli antichi Stati italiani, cadevano in tale inesattezza: il Reg. gregoriano (§ 855, « ... un terzo chiamato dal *reo convenuto*... »); il Reg. per la Toscana (art. 238-239); il Codice Sardo del 1859 che all'art. 134 (art. 122 del Cod. 1854) diceva: « Se alla prima udienza *il convenuto* domanda di chiamare un garante... », e nel Cap. IV del Tit. II considerava sempre, specialmente all'art. 257 (261 del Cod. 1854), il solo convenuto. Distingueva invece espressamente, per la denunzia di lite, i due casi il Regolamento Lombardo-Veneto (§ 49), assegnando due termini diversi per la denuncia di lite, secondo che essa fosse fatta dall'attore o dal convenuto; e il Cod. Estense (art. 488). Il Codice Napoletano diceva indeterminatamente (art. 269): « colui che pretenderà di avere il diritto di chiamare un terzo a sua difesa... », comprendendo attore e convenuto, ma poi, quando veniva a precisare i termini, aveva di mira soltanto la chiamata fatta dal convenuto. Lo stesso, tra i Codici vigenti, fanno il Codice di proc. civ. francese e il nostro Codice attuale: tutti e due dopo aver usato una frase generica che potrebbe comprendere tutti i casi (art. 175 francese: « celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie... »; art. 193 italiano: « chi vuol chiamare un terzo in garantia... »), quando poi stabiliscono le norme del termine, lo fanno decorrere dalla domanda principale, considerando soltanto l'ipotesi più comune in cui il garantito sia convenuto.

Risponde affermativamente il PIOLA (22): « L'attore, pel conseguimento di ciò che gli è dovuto dal convenuto, può egli a nome di questo eseguire quella chiamata che dal convenuto non venisse eseguita: l'art. 1234 Cod. civ., che accorda ai creditori pel conseguimento di quanto è a loro dovuto la facoltà di esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del loro debitore, non eccettua l'esercizio dell'azione di garantia con quei mezzi procedurali che al convenuto sono dalle leggi consentiti ».

In verità, quando si consideri che l'oggetto principale della chiamata in garantia è la difesa processuale, pare strano il fatto di un attore che chiama in causa il garante del convenuto, *affinchè difenda il convenuto dalle pretese di lui attore,* venendo così a fornire armi contro sè stesso all'avversario. Ma la stranezza più non esiste, se si pensa che l'attore esercita l'azione di garantia del convenuto in quanto è compresa in essa un'azione di regresso, che dà luogo a un risarcimento di danni: quando l'attore sia certo della fondatezza della sua domanda, ma tema che la condanna non potrebbe essere efficacemente eseguita contro il garantito insolvente, può avere interesse a sostituirsi nelle ragioni di rivalsa che eventualmente competano al garantito contro il garante (23).

73. — La chiamata in garantia può essere proposta anche contro un subgarante dal primo garante chiamato nella causa vertente tra terzo molestante e garantito, come deducesi dall'art. 194 Cod. proc. civ., di cui in seguito (avanti, n. 153): la questione di garantia può costituire, di fronte al primo garante, quella molestia giudiziaria dalla quale un terzo subgarante è obbligato a difenderlo, e non ci sarebbe ragione per escludere in tale circostanza l'esercizio della chiamata in garantia.

Dubbî possono invece nascere, quando si domandi se il diritto di chiamare in garantia spetti anche all'interveniente in causa. Generalmente si distingue tra interveniente volontario e interveniente coatto. Mentre tale diritto viene riconosciuto a questo, che, essendo costretto a intervenire in causa, deve potersi difendere senza limitazione alcuna, lo stesso diritto viene negato all'interveniente volontario, che, facendo cosa non necessaria nel suo esclusivo interesse, deve accettar la causa *in statu et terminis;* cosicchè, se egli potesse chiamare un garante, o si dovrebbe estendere anche al garante tale

---

(22) *Chiamata in garantia,* n. 4.

(23) Avviene così una sostituzione processuale del terzo molestante al garantito. Avanti, cap. IX.

limitazione nei mezzi di difesa e si coarterebbe il suo diritto di difendersi, o si dovrebbe concedere a lui la libertà di cui gode ogni litigante e si renderebbe nullo l'art. 204 Cod. proc. civ., capov. 2°, nei rapporti del garante con l'attore e il convenuto (24).

Così anche i commentatori del Codice di procedura Sardo negano all'interveniente volontario la facoltà di opporre qualunque eccezione dilatoria, seguendo del resto una dottrina tradizionale (25).

Noi, pur accettando questa dottrina per l'interveniente volontario *ad adiuvandum*, riteniamo che il diritto di chiamare in garantia non si possa negare all'interveniente volontario *ad excludendum* (intervento principale); se, ad esempio, tra *D* ed *E* si contende sulla proprietà di un fondo, *B*, che crede di essere il vero proprietario, potrà non solo intervenire in causa per far respingere le pretese di ambedue i competitori, ma anche chiamare in garantia il terzo *C*, che gli ha venduto il fondo in questione. Ugual diritto crediamo che non si possa negare al garante che interviene volontariamente a difesa del garantito — quello che io chiamo intervento *difensivo* (26) —, poichè, quantunque il garante intervenga spontaneamente, la ragione dell'intervento non è un suo interesse, ma un suo obbligo.

74. — Contro chi si può proporre chiamata in garantia? Come si rileva dalla definizione, la chiamata in garantia si propone sempre contro un *terzo* estraneo alla causa; ciò è detto chiaramente dall'articolo 193 Cod. proc. civ., che parla appunto di chiamare un *terzo* in garantia e da tutte le disposizioni processuali in materia che mirano a dar modo e tempo di intervenire nella lite a una persona che sinora è estranea alla lite stessa. Contro uno che sia già parte in causa non si dovrà dunque proporre chiamata in garantia colle forme stabilite dagli artt. 193 e segg. Cod. proc. civ., ma l'azione di garantia si potrà proporre mediante comparsa senza alcuna sospensione del procedimento. « L'art. 193 Cod. proc. civ. — scrive lo Scotti (27) — è troppo chiaro ed evidente per lasciare adito al dubbio: il *terzo* non può essere certamente un coimpetito, ma sarà sempre, almeno fino a quel punto, un estraneo alla lite. Quando è già in lite colui che voglio domandare in garantia, si hanno altri mezzi, ora che col sistema del Codice non è vietato il cumulo di più oggetti

---

(24) Mariani, *Se il volontario interveniente possa chiamare in garantia* (*Cass. unica civile*, 1904, 97).

(25) Mancini, Pisanelli, Scialoja, *Comm. al Cod. proc. civ. per gli Stati sardi*, Torino, 1861, II, 519; Sabbatini, *Intervento in causa*, pag. 93.

(26) Avanti, cap. IX.

(27) *Mon. trib.*, 1868, pag. 352.

litigiosi (art. 73 Cod. proc. civ.). Io posso proporre specifiche conclusioni nel mio speciale interesse in confronto del correo, senza ricorrere alla chiamata in garantia » (28).

§ 3. — *La chiamata in garantia di fronte agli istituti processuali affini.*

75. — E' opportuno notare che la chiamata in garantia presenta, come su due distinte faccie, due diversi caratteri, secondo che si considera dal punto di vista del terzo molestante o da quello del garante: di fronte a quello, infatti, essa ha scopo di difesa, mentre di fronte a questo ha scopo di offesa. Quando il garantito si trova di fronte alla molestia giudiziaria dalla quale il garante deve difenderlo (sia essa una domanda proposta dal terzo molestante attore, o una eccezione opposta dal terzo molestante convenuto) egli, mediante la chiamata in garantia, mira a introdurre nel processo un nuovo soggetto, il quale possa far valere contro il terzo molestante nuove ragioni a sostegno del suo diritto: ordinariamente, per dar tempo al garante di entrare nel processo, il garantito chiederà che la questione di molestia rimanga sospesa fino alla comparizione del garante; e così, per regola generale, la chiamata in garantia darà luogo di fronte al terzo molestante a una *eccezione dilatoria* di rito, in virtù della quale la trattazione della causa di molestia verrà differita, in attesa che vi intervenga il chiamato in garantia (29). Di fronte al garante, al contrario, la chiamata in garantia non riveste siffatto carattere di eccezione dilatoria, poichè, di fronte a lui, essa è l'esplicazione e l'esercizio di una vera e propria azione principale iniziatrice di un nuovo rapporto processuale, che condurrà ad una pronuncia del giudice, separata e distinta dalla pronuncia sulla questione di molestia.

---

(28) Nel Lombardo-Veneto un aulico decreto, 21 ottobre 1793 n. 130, espressamente dispose che non aveva luogo la denunzia di lite fra correi litisconsorti (lo cita il Caberlotto, op. cit., n. 14, nota 3). Così anche la nostra più recente giurisprudenza: per es. Cass. Torino, 30 gennaio 1909 (*Giur. tor.*, 1909, pag. 1520), nella cui motivazione è detto: « Sarebbe davvero un formalismo poco serio il *chiamare* in causa chi vi è già... ecc. ».

(29) Per es.: *B* convenuto da *A* per il pagamento di un debito, gli risponde col chiedere un termine per fare intervenire in causa *C* garante. Oppure: *B* vuole ottenere da *A*, terzo possessore, uno stabile che *C* gli ha venduto, ma *A*, citato per il rilascio, risponde di essere egli il vero proprietario; allora *B*, attore, siccome *reus in excipiendo fit actor*, può a sua volta eccepire, e risponde chiedendo un termine per chiamare *C*, venditore, in garantia.

76. — In considerazione della eccezione dilatoria che la chiamata in garantia produce di fronte al terzo molestante, il Codice di procedura civile francese pone la chiamata in garantia sotto l'epigrafe « *Des excéptions dilatoires* » (30). Tale classificazione deriva esclusivamente dall'antico diritto consuetudinario francese; nella pratica del *droit coutumier,* la chiamata in garantia era compresa, come si è visto, tra le *demandes de jours,* mezzi dilatorî che di eccezione avevano soltanto il nome (31). Tra le numerose eccezioni dilatorie di cui era ricco l'antico procedimento francese, la chiamata in garantia è restata nel Codice attuale uno dei pochi esempî di questa classe; ma anch'essa vi è restata non tanto per intima sua natura fondamentale, quanto per un carattere del tutto secondario ed esteriore, il quale può spesso mancare. Vedremo infatti che nel nostro procedimento sommario, colui che voglia chiamare un terzo in garantia, invece di chiedere nella prima udienza un termine per eseguire la citazione del garante, può precedentemente citarlo per l'udienza stessa fissata alla trattazione della lite di molestia; in questo caso la chiamata in garantia, non producendo alcuna sospensione del giudizio, perde ogni carattere di dilatorietà.

Non è dunque scientificamente accettabile la sistemazione della chiamata in garantia tra le eccezioni dilatorie; nel quadro generale del diritto processuale civile essa deve essere classificata tra gli istituti che servono a far partecipare un terzo alla lite, e danno luogo ad un rapporto processuale con interessi molteplici. Bene adunque il nostro Codice pone la chiamata in garantia in una stessa Sezione coll'intervento in causa, poichè anch'essa, come l'intervento, è un mezzo di integrazione degli elementi subiettivi del rapporto processuale (32).

77. — Se la chiamata in garantia è un mezzo per integrare gli elementi subiettivi del giudizio, bisogna distinguerla dagli altri mezzi ad essa affini che mirano allo stesso scopo.

E, anzitutto, bisogna distinguere la chiamata in garantia dall'intervento volontario del garante nella causa di molestia. L'art. 201 Cod. proc. civ., dispone che « chiunque abbia interesse in una causa

---

(30) Analoga classificazione si trovava nei Codici Estense, Napoletano, Parmense, Sardo, e si trova nel Codice Monegasco e Ginevrino.

(31) V. Carré de Malberg, op. cit., pag. 255 e segg.

(32) Mortara, *Comm.*, III, n. 442. Il Biagi, *Chiamata in garantia* (*Annali*, 1871, III), § II, critica acerbamente il nostro Codice vigente per non aver fatto espressa menzione del carattere di eccezione dilatoria che, secondo lui, è fondamentale nella chiamata in garantia (pag. 7).

vertente fra altre persone, può intervenirvi... etc. »; in base a questo articolo non par dubbio che il garante possa intervenire nella causa di molestia, poichè è evidente che il garante ha un interesse non solo di fatto, ma di *diritto,* nella causa il cui esito può in definitiva ricadere su lui (33). Ma, se il garante può intervenire volontariamente nella causa del garantito, questo intervento, il cui effetto unico è quello di procurare un aiuto e una difesa al garantito contro la parte avversaria, non si può confondere colla chiamata in garantia, il cui effetto principale è l'inizio di una nuova causa tra garantito e garante e, in relazione ad essa, la emanazione di una pronuncia del giudice.

78. — Neppure si deve confondere la chiamata in garantia coll'intervento coatto su istanza di parte regolato dall'art. 203 Cod. proc. civ.

Effettivamente affinità grandi esistono tra i due istituti della chiamata in garantia e dell'intervento coatto in causa, tanto che il nostro Codice li regola sotto una stessa Sezione, e altre legislazioni non li distinguono neppure (34). Ma, se tutti e due gli istituti hanno il fine di costringere un terzo a diventar parte in un giudizio pendente tra altre persone, notevoli differenze li distinguono, tali che non è possibile considerarli specie diverse di uno stesso genere.

Si suole insegnare che la chiamata in garantia e l'intervento coatto su istanza di parte differiscono per l'*origine* e per lo *scopo.* In quanto all'*origine,* mentre la chiamata in garantia deriva da un *obbligo* di garantia che il terzo ha in favore di una delle parti in causa, l'intervento in causa deriva da un *interesse* del terzo nella causa stessa; e, in quanto allo *scopo,* mentre la chiamata in garantia mira ad ottenere la rilevazione dalle conseguenze del giudizio, sia facendo assumer la difesa dal garante, sia facendolo condannare al risarcimento, l'intervento coatto mira a sanare il difetto dell'azione e ad integrare il giudizio colla presenza di tutti coloro che possono avervi interesse per comunanza di lite (citato art. 203 Cod. proc. civ.) (35).

---

(33) Chauveau in Carré, *Lois de la proc. civ.*, quest. 1270; Garsonnet, op. cit., § 932, nota 13; Dalloz, *Rép.*, v. « *Intervention* », n. 59; Chiovenda, *Principii* (3.ª ediz.), pag. 602.

(34) Nel Reg. gregoriano la chiamata in garantia era considerata come una forma di intervento necessario (§ 855, n. 2). Lo stesso nel Codice del Canton Ticino.

(35) Mattirolo, op. cit., III, n. 855; Mortara, *Comm.*, III, n. 442; Ricci, *Comm. al Cod. proc. civ. italiano*, I, 424; Sabbatini, *op. cit.*, pag. 10; Sechi, *Intervento in causa* (*Dig. it.*, II, 2.ª), n. 86. Quest'ultimo, non so con quanta

Credo più esatto dire che la chiamata in garantia e l'intervento coatto su istanza di parte non si possono considerare come istituti paralleli, sibbene come istituti l'uno dei quali (l'intervento coatto) è contenuto nell'altro (chiamata in garantia), senza che sia vero l'inverso. Abbiamo già veduto che nella chiamata in garantia è sempre implicita una chiamata del garante nella causa di molestia, collo scopo di render comuni anche a lui gli effetti di tale giudizio; la chiamata in garantia adunque si deve considerare come una somma: un intervento coatto su istanza di parte, più una domanda di garantia (36).

79. — La chiamata in garantia si distingue dalla *denunzia di lite*, che esisteva con ufficio in parte identico nel diritto romano ed esiste oggi in tutte le leggi processuali a tipo germanico (37) (dietro, nn. 49-56). La parte che, per il caso in cui la lite abbia per lei esito sfavorevole, crede di potersi rivaler contro un terzo per la soccombenza, può, per mettere il terzo in grado di prestar la difesa e per conservare contro di lui il diritto di rivalsa, notificargli giudizialmente la lite, vale a dire informarlo che è sorta quella causa di molestia nella

---

esattezza, nota che la chiamata in garantia, a differenza dell'intervento coatto, compete soltanto alla parte contro la quale siano state proposte domande.

(36) Il MATTIROLO (op. cit., III, n. 855, nota), a dimostrare la diversità che passa tra chiamata in garantia e intervento coatto, fa un esempio dal quale si vede come una delle parti possa chiamare un terzo in causa al doppio scopo di associarlo alla sua difesa e di chiedere eventualmente la condanna di lui come garante: *A* impugna di nullità un contratto che stipulò con *B;* questi è morto, lasciando due eredi *C* e *D* che già procedettero alla divisione della eredità; *A* propone la sua domanda esclusivamente contro *C*: costui domanderà l'intervento in causa di *D* al doppio scopo di associarlo alla comune difesa e, in caso di insuccesso, di farlo condannare alla garantia che gli deve in qualità di coerede e di condividente.

La nostra giurisprudenza ha deciso in materia che « fra l'intervento in causa e la chiamata in garantia vi è questa differenza: che il chiamato, non così l'intervenuto, può essere condannato alla rilevazione delle molestie a favore del convenuto a cui istanza è chiamato » (Cass. Roma, 6 maggio 1885, *Temi rom.*, V, 742); e che, quindi « quando si chiede in giudizio l'intervento di un terzo all'effetto di fargli sopportare a proprio sgravo le spese o totali o parziali della domanda principale, questa chiamata costituisce domanda di garantia e non semplice intervento » (Cass. Roma, 15 aprile 1878, *Legge*, 1878, I, 530; App. Brescia, 15 aprile 1868, *Mon. trib.*, 1869, 281).

(37) Ord. proc. civ. Germ., § 72; Ord. proc. civ. Austriaco, § 21; Legge provvisoria federale Svizzera, art. 9; Leggi processuali Svizzere a tipo tedesco, ecc. V. sulla denunzia di lite nel diritto austriaco e germanico, FISCHER, op. cit.; FUCHS, op. cit.; WACH, op. cit.; KIPP, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform*, Leipzig, 1887.

quale dovrebbe essere da lui prestata la difesa. Se il terzo aderisce a questa denunzia di lite, si produce nella causa di molestia un intervento *ad adiuvandum* del garante; ma se non aderisce, la denunzia di lite non può dar luogo ad alcuna pronunzia del giudice sull'obbligo di garantia, poichè nella denunzia di lite non è compreso, come nella chiamata in garantia, l'esercizio dell'azione di garantia. La denunzia di lite, non si può, a rigor di termini, confondere neppure colla semplice chiamata in causa del garante (38) (azione per intervento), poichè mentre questa costringe il garante a intervenire nella causa di molestia, quella lo lascia libero, come meglio gli suggerisce il suo interesse, di intervenire o non intervenire nella causa di molestia, ch'essa porta a sua conoscenza.

La denunzia di lite è istituto prettamente romano, conosciuto e largamente studiato dagli scrittori del diritto comune. Il BURGUNDIO dà di essa la seguente compiuta definizione: « *Auctorem suum interpellare, et certiorem facere, litem motam esse, ut, si videatur, defensionem suscipiat, vel emptori adsistat, causamque instruat, sciturо eo praestandum sibi esse quod interest re evicta. Ob duas igitur causas fit denuntiatio; una, ut emptorem in lite defendat, vel liti adsistat: altera ut, si contingat denuntiantem causa cadere, praestet illi evictionem* » (39).

Nel nostro diritto processuale la denunzia di lite non è esplicitamente riconosciuta e regolata; ma nulla impedisce ch'essa possa esser validamente fatta anche nel nostro ordinamento, quando il garantito, anzichè chiamare in garantia il terzo nella causa di molestia, o semplicemente chiamarlo in causa senza contemporaneamente agire in garantia, preferisca dargli soltanto, in via giudiziale, notizia della lite iniziata, agli effetti previsti dall'art. 1497. La denunzia di lite, del resto, è ricordata e quindi implicitamente ammessa dalla nostra legge civile, che parla (art. 1486 Cod. civ.) di spese « fatte in conseguenza della *denunzia di lite al suo autore* » (40).

---

(38) FISCHER, op. cit., § 1-2; WACH, *Handbuch*, pag. 655, dice che la denunzia di lite « *ist weder Klage auf Intervention, noch prozessualischer Zwangsakt zu solcher* ».

(39) *Comm. de evictionibus*, Cap. 57, n. 2. La denunzia di lite si trova ampiamente trattata nelle già citate opere del MANGILIO, GUZMAN, CABALLINI; v. inoltre, DURANTI, *Speculum iuris*, Lib. IV, partic. III; MARANTA, *Speculum aureum*, pag. 339; CAPPUCCI, *Praxis iudiciaria*, pag. 157; SOLA, *Commentaria*, pag. 415; GALLUPPI, *Praxis*, P. II, Cap. XV, pag. 158; SCACCIA, *Tractatus de judiciis*, Lib. I, XXX, 7-12.

(40) Il diritto processuale tedesco costituisce la denunzia di lite non solo per il caso più frequente in cui la parte, in previsione di esito sfavorevole della lite, vanta una ragione di regresso contro il terzo, ma anche per il caso in cui

80. — La chiamata in garantia si distingue finalmente, dalla *designazione di autore* (*nominatio auctoris*), per mezzo della quale chi è convenuto come possessore di una cosa ch'egli possiede in nome di un terzo, può chiedere di esser messo fuori di causa, denunciando la lite al terzo per il quale possiede o anche semplicemente designando il nome di costui. Tale istituto, accolto e disciplinato da altre legislazioni (41), deriva, secondo alcuni (42), dall'antico diritto germanico, mentre altri, secondo noi con maggior fondamento (43), ne vede la chiarissima origine nella già citata const. 2 *ubi in rem actio*, C. III, 19 (dietro, n. 23, nota); esso mira, come può mirare la chiamata in garantia, a sostituire nel rapporto processuale il designato al designante, ma, a differenza della chiamata in garantia, non contiene una domanda del designante contro il designato e non produce quindi una pronuncia del giudice sopra un nuovo rapporto processuale.

Anche la designazione di autore non è disciplinata dalla nostra legge processuale; ma nel Codice Civile essa è evidentemente ammessa, quando l'art. 1582 stabilisce che « ... se il conduttore è citato in giudizio per esser condannato a rilasciare la cosa in tutto o in parte, o a soffrire l'esercizio di qualche servitù, egli deve chiamare il locatore nello stesso giudizio per esser rilevato dalle molestie, e, *se lo chiede, deve esser posto fuori di causa, anche solo indicando il locatore nel cui nome possiede* ». Questo articolo (corrispondente all'art. 1727 del Cod. Napoleone, nel quale erroneamente si è voluto scorgere da qualcuno (44) un caso di chiamata in garantia) contempla in modo chiarissimo il caso più frequente di designazione di autore, ch'è quello del conduttore, possessore *immediato*, designante il nome del locatore, possessore *mediato*, allo scopo di farsi metter fuori da una causa che non lo riguarda (45).

---

la parte fa valere la ragione di un terzo (Reg. proc. civ., § 72, « ... *oder den Anspruch eines Dritten besorgt* ») e vuol premunirsi, in previsione di esito sfavorevole della lite, contro una possibile ragion di rivalsa di questo terzo. V. WACH, *Handbuch*, pag. 654 e nota 2.

(41) Reg. proc. civ. Germ., § 76; Reg. proc. civ. Austr., § 22; Cod. proc. civ. Portoghese, art. 321; è conosciuta anche dalle leggi svizzere a tipo tedesco: v., per es., Legge di Lucerna, § 92.

(42) WACH, *Handbuch*, 657, nota 15; *Vorträge über die Reichscivilprocessordnung* (2.ª ediz.), pag. 108.

(43) KRUG, *Die Urheberbenennung* (Berlino, 1895). La *nominatio auctoris* (che altri chiama *laudatio auctoris*) è conosciuta dagli scrittori del diritto comune. V., per es., MARANTA, op. cit., pag. 344: « *de nomine auctoris* ».

(44) CARRÉ, op. cit., quest. 775; GARSONNET, op. cit., § 995.

(45) CHIOVENDA, *Principii* (3.ª ediz.), pag. 604.

81. — La chiamata in garantia, della quale abbiamo voluto in questo capitolo fissare i caratteri generali, che la fanno distinguere da tutti gli istituti affini, sarà nelle pagine seguenti esaminata sotto tre diversi punti di vista: 1) in relazione alla competenza; 2) in relazione al procedimento; 3) in relazione ai mezzi per impugnar le sentenze.

SEZIONE TERZA

AZIONE DI GARANTIA E COMPETENZA

82. — Mi propongo di determinare nei seguenti tre Capitoli la natura del rapporto che passa tra l'azione di molestia e l'azione di garantia, a causa del quale è opportuno attribuire la cognizione delle due questioni a uno stesso giudice; e l'estensione che questa regola di competenza può avere di fronte all'ordinaria competenza relativa ed assoluta.

CAPITOLO IV

PRINCIPÎ FONDAMENTALI SULLA COMPETENZA IN TEMA DI GARANTIA

SOMMARIO

§ 1. — *Natura della relazione che passa tra l'azione di molestia e l'azione di garantia.*

83. Evidenza esteriore di tal relazione. — 84. Scrittori del diritto comune. — 85. Teoria del PESCATORE sulla connessione di causa. — 86. Confutazione dell'applicazione che egli ne fa all'azione di garantia. — 87. Tra azione di molestia e azione di garantia passa più che una semplice connessione. — 88. Non si tratta di accessorietà. — 89. Nè di continenza di causa (MORTARA). — 90. Analisi del rapporto che passa tra le due azioni. — 91. Pretesa indivisibilità processuale delle due azioni: tre proposizioni fondamentali.

§ 2. — *Effetti di questa relazione sulla competenza.*

92. Significato della regola romana « *venditor emptoris judicem sequi solet* ». — 93. Deroga alla competenza territoriale, contenuta nella chiamata in garantia: art. 100 Cod. proc. civ. — 94. Pericoli ai quali rimedia questa deroga, per la quale l'azione di garantia e l'azione di molestia vengono sottoposte a un *idem judex*. — 95. Criterio per determinare l'*idem judex;* non si segue il criterio della prevenzione. — 96. Opportunità del *simultaneus processus*. — 97. La regola dell'art. 100 Cod. proc. civ. non è di ordine pubblico.

§ 3. — *Inapplicabilità dei principii esposti alla garantia impropria.*

98. L'azione di garantia impropria non può esser sottoposta alla stessa regola di competenza della vera azione di garantia. — 99. Dimostrazione. — 100. Incertezza della giurisprudenza in proposito.

§ 1. — *Natura della relazione che passa fra l'azione di molestia e l'azione di garantia.*

83. — A chi consideri che l'azione di garantia mira sempre a ottenere la difesa in un giudizio o il risarcimento della soccombenza in un giudizio, facilmente appare che tra l'azione che dà luogo a questo giudizio e l'azione di garantia passa un rapporto intimo, in forza del quale questa sorge ed esiste soltanto per la nascita e l'esistenza di quella. Questo intimo nesso, per il quale le due azioni si concepiscono naturalmente congiunte, si rivela alla prima con esteriore evidenza, sol che si ponga mente alla natura della prestazione a ottener la quale mira l'azione di garantia: di una prestazione di difesa in giudizio non si saprebbe comprendere la opportunità, se non esistesse la molestia giudiziaria contro la quale tale difesa debba opporsi.

Ma, mentre è assai facile accorgersi che una relazione passa tra le due azioni, non altrettanto facile è stabilire esattamente qual sia di questa relazione la vera natura processuale; a determinar la quale intendo qui volgere la mia indagine.

84. — Il vincolo che passa tra l'azione di molestia e l'azione di garantia fu visto, ma non definito, dagli scrittori del diritto comune; nè colle espressioni adoperate per significar l'esistenza di questo vincolo si tentò di darne con precisione i particolari caratteri; ond'è che, mentre si parla in generale di un rapporto di *connessione* esistente tra le due azioni, alcuno considera l'azione di molestia come un *principale* di cui l'azione di garantia è un *incidens* (1), mentre altri afferma che le due azioni sono *invicem dependentes* (2) ed altri ancora, più giustamente, rileva che l'azione di garantia « *venit in consequentiam primae litis* » (3). Affermazioni più o meno fondate, ma tutte semplici affermazioni che non si basano su una minuziosa analisi degli elementi processuali di ciascuna azione.

85. — La natura processuale del legame che unisce l'azione di molestia con l'azione di garantia fu più sistematicamente studiata da Matteo Pescatore, il quale, integrando insieme e semplificando le

---

(1) Mangilio, loc. cit.: « *Ratio est, quia super* principali *iurisdictionem habens, etiam debet super* incidenti *et connexis habere* ».

(2) Guzman, loc. cit.: « *Hae causae sunt connexae et* invicem dependentes, *et judex qui fuit competens ad cognoscendum de causa principali, efficitur etiam competens ad cognoscendum de connexis et* dependentibus a causa principali ».

(3) Caballini, loc. cit.; Paolo Castrense, loc. cit.

indagini di uno scrittore del diritto comune (4), costruì una compiuta teoria sulla connessione di causa, nella quale tutti i possibili casi di azioni connesse vengono considerati e classificati.

Insegna il PESCATORE (5) in questa sua dottrina, accolta da autorevoli proceduristi (6) e in parte seguita dal nostro Codice di procedura civile, che ogni causa ha tre elementi: le parti contendenti (*personae*); il titolo della contesa (*causa petendi* o *excipiendi*), la cosa che si domanda (*res*); ciò premesso, egli dice che, se due cause hanno tutti e tre questi elementi comuni, sono *identiche*, mentre, se li hanno tutti e tre diversi, sono perfettamente *indipendenti*. Tra questi due estremi, tuttavia, si possono avere cause che hanno due elementi comuni e uno diverso, e cause che hanno un elemento comune e due diversi; queste sono appunto le cause *connesse*, le quali si dividono in due categorie, secondo che sono due gli elementi comuni o due gli elementi differenti.

La prima di queste due categorie (due elementi comuni e uno diverso) può a sua volta dividersi in altre tre, secondo il variare dell'elemento non comune, che può essere le persone o il titolo o la cosa. La connessione nascente dalla chiamata in garantia rientra appunto, secondo il PESCATORE, in una di queste tre categorie, e precisamente *in quella che comprende i casi in cui la cosa e il titolo della contesa sono comuni e le persone diverse* (7).

Secondo il PESCATORE, dunque, la connessione che passa tra l'azione di molestia e l'azione di garantia si può riassumere in questa formula: *diversità di persone, identità di titolo e di oggetto.*

86. — L'applicazione, che il PESCATORE fa della sua dottrina sulla connessione al caso specifico dell'azione di garantia, non pare accettabile, poichè quella identità di titolo e di oggetto, che egli scorge confrontando l'azione di garantia coll'azione di molestia, si può facilmente dimostrare inesistente.

Prendiamo per la dimostrazione il caso tipico di garantia formale nascente da azione rivendicatoria intentata dal terzo contro il compratore di un immobile, e il caso tipico di garantia semplice nascente da azione di pagamento intentata dal creditore contro il fidejussore; e confrontiamo gli elementi dell'azione che *A*, rivendicante o creditore, intenta contro *B*, possessore dell'immobile o fi-

---

(4) DE AFFLICTIS M., *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani* (Venetiis, 1588), decis. 354.

(5) Op. cit., I, pag. 168: « *Della continenza di causa* ».

(6) MATTIROLO, op. cit., I, n. 886; LESSONA, *Manuale* cit., n. 64.

(7) PESCATORE, op. cit., pag. 170-171.

dejussore, con quelli dell'azione che *B*, compratore o fidejussore, garantito, intenta contro *C*, venditore o debitore principale, garante.

In quanto alle *persone*, è evidente che nelle due azioni non sono le stesse: *A* e *B*, nell'azione di molestia, *B* e *C* nell'azione di garantia. *B* è parte in entrambe le controversie, ma, nella prima, figura in veste di convenuto (8), mentre nella seconda figura in veste di attore. Esiste dunque nelle due azioni una *parziale diversità di persone*.

In quanto al *titolo*, nell'azione di molestia *A* fa valere contro *B* il suo diritto di proprietà leso dall'usurpazione (nel caso di garantia formale) o il suo diritto di credito leso dalla morosità del debitore (nel caso di garantia semplice); mentre nell'azione di garantia *B* fa valere contro *C* il suo diritto alla difesa processuale leso dal rifiuto del garante a prestar spontaneamente tal difesa al sorgere della questione di molestia, e, subordinatamente, il suo diritto al risarcimento per la mancata o non riuscita difesa. Come si vede, esiste nelle due azioni una *totale diversità di titolo*, poichè differisce in esse il diritto di cui si chiede in giudizio il riconoscimento nonchè il fatto lesivo di tale diritto, che fa nascer l'interesse ad agire.

Finalmente, in quanto all'*oggetto* della domanda, l'azione di molestia mira alla rivendicazione di un immobile illegittimamente posseduto da *B* o al pagamento di una somma dovuta da *B*, mentre l'azione di garantia mira principalmente a ottenere da *C* una prestazione d'opera, qual è la difesa processuale, e in sottordine a ottenere una indennità pecuniaria, il cui ammontare è determinato non dal valore della domanda di molestia, ma dalla totale entità del danno derivato al garantito *B* dalla soccombenza (dietro, n. 1, nota). Chiaramente apparisce che, diverso essendo lo scopo al quale mirano le due azioni, esiste in esse una totale *diversità di oggetto* (9).

L'esame così compiuto dimostra che le due azioni di molestia e di garantia non hanno nessun elemento comune, se si eccettua una *parziale identità di persone*, data dal fatto che il garantito è parte nell'una questione e nell'altra. Ora, se si dovesse seguire la teoria del PESCATORE, secondo la quale due cause sono connesse quando si verifica in esse la totale identità di uno o due elementi, bisognerebbe concludere che l'azione di molestia e l'azione di garantia non sono neppure connesse.

---

(8) Trattandosi di garantia reale può accadere che *B* garantito, assuma la veste di attore in ambedue le azioni (dietro, n. 71).

(9) V. GALLUPPI, *Della competenza per connessione o continenza di causa*, cit., n. 80; CASTELLARI, *La competenza per connessione*, cit., 114 *G.*

87. — La sovraricordata teoria del PESCATORE, ha il difetto, necessariamente derivato dall'unicità del criterio sistematico che la informa, di tener conto, tra i varî rapporti nei quali due o più cause possono rispettivamente trovarsi, soltanto del rapporto di identità o di diversità negli elementi costitutivi dell'azione, trascurando altri rapporti di natura diversa, ma di eguale importanza, quale sarebbe il rapporto di causalità e di subordinazione; cosicchè nella classificazione del PESCATORE, si trovano considerate come manifestazioni equivalenti di un unico fenomeno, figure processuali di azioni tra loro attinenti o dipendenti per un rapporto che non è quello di identità degli elementi costitutivi.

Il caso più semplice di connessione di causa è quello contemplato dall'art. 98 Cod. proc. civ., il caso, cioè, di litisconsorzio passivo (azione contro più persone obbligate per lo stesso titolo a uno stesso oggetto). In questo caso, invece di una sola azione proposta contemporaneamente contro tutti gli obbligati, si può imaginare che contro ciascuno degli obbligati l'azione venga fatta valere separatamente, in tanti distinti giudizî; si avrà così, invece di un'unica azione complessa, una serie di azioni singole, connesse tra loro per identità di titolo e di oggetto; e il rapporto di connessione che esisterà tra queste diverse cause sarà un rapporto di coordinazione, di uguaglianza, di parallelismo, in modo che ciascuna di esse si potrà concepire come principale e indipendente, senza che alcuna debba necessariamente prevalere, per naturale subordinazione dell'altra.

Di natura interamente diversa è la corrispondenza che passa tra l'azione di molestia e l'azione di garantia; poichè se, da una parte, quando si guardi alla identità dei tre elementi costitutivi, il vincolo che esiste tra queste due azioni sembra assai meno stretto di quello esistente tra le diverse azioni del litisconsorzio passivo, dall'altra invece noi vediamo che tra l'azione di molestia e l'azione di garantia passa il rapporto che passa tra causa ed effetto, tra subordinante e subordinato, tra condizionante e condizionato: un vincolo, insomma, ben più stretto e ben più intimo di quello esistente fra azioni semplicemente connesse per identità di elementi.

88. — A meglio determinare la relazione nella quale stanno fra di loro l'azione di molestia e l'azione di garantia, gli autori hanno cercato di farle rientrare, anzichè tra le cause semplicemente connesse, in qualche più ristretta figura processuale che del genere connessione costituisce una specie. Così alcuni sono ricorsi al rapporto di *accessorietà*, affermando che l'azione di molestia è un'azione *principale*, di fronte alla quale l'azione di garantia è un'azione *accessoria*.

Per giudicare se tale opinione è da accettarsi o da respingersi bisogna prima ben determinare che cosa s'intenda per accessorietà. Se si vuol vedere un'azione accessoria in ogni azione che, per qualsiasi ragione, presuppone l'esistenza di un'altra azione principale, allora in questo lato senso, anche l'azione di garantia può dirsi accessoria dell'azione di molestia, che, come meglio dirò tra poco (avanti n. 90), è un suo presupposto (10). Ma se si considera rapporto di accessorietà soltanto quello, vertente tra due azioni proposte tra le medesime persone, in virtù del quale l'azione accessoria appare come una conseguenza secondaria dello stesso titolo da cui scaturisce l'azione principale, in questo caso l'azione di garantia non si può considerare un accessorio dell'azione di molestia (11). Questa seconda soluzione è quella che io accetto, e che meglio corrisponde al sistema della nostra legge, la quale, considerando le azioni accessorie all'articolo 99 Cod. proc. civ. e l'azione di garantia all'art. 100 Cod. proc. civ., ha evidentemente escluso l'azione di garantia dal novero delle azioni accessorie.

89. — La nostra legge processuale non fa distinzione tra *connessione* e *continenza* di causa. Ma, nella dottrina, si è voluto distinguere queste due figure e si sono dati svariati criterî per distinguere le cause rispettivamente contenute e contenenti (12); e tutti coloro che hanno ammesso tale distinzione, hanno compreso, sia pure per diverse ragioni, l'azione di garantia tra i casi di continenza di causa e non tra quelli di connessione.

Il MORTARA (13), pur riconoscendo che le parole *connessione* e *continenza* son state, in conformità della tradizione, usate indifferentemente dal nostro legislatore, crede che una distinzione scientifica si

---

(10) MATTIROLO, op. cit., I, n. 29 e 959. Considerano l'azione di garantia come un'azione accessoria anche il VITI (*Istituzioni di diritto giudiziario civile*, 3.ª ediz., I, n. 93, pag. 86) e il DI MAJO (*Istituzioni di diritto giudiziario civile*, I, n. 16 e n. 70).

(11) MORTARA, *Comm.*, II, n. 230; GALLUPPI, op. cit., n. 49; GARGIULO, op. cit., art. 99, n. II; CUZZERI, *Cod. proc. civ. illustrato*, art. 99, 1. Anche il CHIOVENDA (*Principii*, 3.ª ediz., pag. 559) dice che « il rapporto fra la causa principale e la chiamata in garantia non può propriamente dirsi di accessorietà; ma è anch'esso un rapporto di subordinazione: in quanto la decisione del rapporto di garantia dipende dalla decisione sulla causa principale ».

(12) RICCI, op. cit., I, n. 179; GARGIULO, *Corso elementare di diritto giudiziario civile*, n. 301; DI MAJO, op. cit., I, n. 68. Secondo il GALANTE (*Lezioni di diritto processuale civile*, pag. 481), si verifica connessione nei casi di garantia semplice, continenza nei casi di garantia formale.

(13) *Comm.*, II, n. 214 e 232.

possa fare tra le due espressioni: *continenza* è, secondo lui, qualcosa di più specificamente determinato di *connessione,* sicchè, se in ogni caso di continenza si ha una forma di connessione, non sarebbe ugualmente vera la proposizione contraria. Affinchè si abbia continenza di lite occorre che la prima lite, il *genus,* fornisca alla seconda, la *species,* il fondamento materiale e la occasione processuale, derivando da ciò il rapporto di *contenente* e di *contenuta* fra le due controversie; dimodochè, mentre, nelle cause semplicemente connesse per identità di elementi, la prevalenza dell'una sull'altra è determinata da una circostanza del tutto estrinseca qual è la prevenzione, nelle cause unite da una relazione di continenza, la contenente prevale sempre per intrinseca forza sulla contenuta.

Nella figura processuale della continenza il MORTARA comprende anche il caso dell'azione di garantia, la quale gli appare come *contenuta* nell'azione di molestia, *contenente.* Ma non sembra accettabile neppure questa classificazione, non solo perchè introduce senza necessità il concetto specifico di *continenza* che non esiste nel nostro diritto positivo, ma perchè, mentre pone come carattere fondamentale delle cause unite da un rapporto di continenza la identità subiettiva, accoglie in questa classe anche l'azione di molestia e l'azione di garantia nelle quali l'identità subiettiva si verifica solo parzialmente.

90. — La nostra opinione sull'argomento è la seguente.

L'azione di molestia e l'azione di garantia si possono considerare come un esempio di cause *connesse* (tali in realtà le considera il nostro Codice proc. civ., che ne tratta sotto l'epigrafe « *Della competenza per connessione o continenza di causa* ») quando il concetto di connessione non si ristringa, come la teoria del PESCATORE fa, alle azioni nelle quali concorre identità di uno o due elementi costitutivi, ma si allarghi a tutti quei casi nei quali due o più azioni stanno tra loro in tale rapporto che la decisione dell'una possa aver conseguenze sulla decisione dell'altra; quando cioè, si veda nel rapporto di identità di qualche elemento costitutivo non l'unico titolo, ma uno tra i diversi titoli per cui due o più azioni possono dirsi connesse (14). Ma se l'azione di molestia e l'azione di garantia possono dirsi connesse in questo amplissimo senso, esse non si possono far rientrare in nessun'altra più specificata figura di connessione, poichè il rapporto che le unisce è di natura così caratteristica e singolare

---

(14) Su questo più largo concetto della *connessione di causa,* v. GALLUPPI, op. cit., nn. 17-23; e da ultimo, APPIANI, nella *Rivista di diritto commerciale,* 1908, II, pag. 290; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti,* pag. 7, nota 5.

da non poter essere accomunato, per amor di sistemazione, con nessun altro rapporto processuale affine. Cerchiamo di determinare qui la natura di tale rapporto.

Per rintracciare l'indole del nesso concorrente tra l'azione di molestia e l'azione di garantia, bisogna tener conto specialmente, fra le tre entità costitutive di queste due azioni (*persone, titolo, oggetto*), del loro *titolo* (*causa petendi*).

Il titolo di ogni azione, cioè l'interesse, che è la ragione per cui l'azione sorge, si scinde di solito alla sua volta in due elementi:

1) un *diritto;*

2) uno stato di *fatto contrario a questo diritto* (15).

Ora, nel caso nostro, bisogna separatamente considerare le due azioni semplici nelle quali l'azione di garantia si scompone. E, cominciando dall'azione di difesa, ricerchiamo quali sono i due elementi che riuniti fanno sorgere l'interesse a chieder la difesa. L'obbligazione che il garante, per una ragione o per un'altra, ha assunto, di allontanare dal garantito le molestie giudiziarie, è, come altrove ho notato (dietro, nn. 2 e 69), una obbligazione condizionata, e il *diritto* a chiederne l'adempimento sorge nel garantito soltanto quando la condizione si verifichi; ora la *condizione,* pel cui verificarsi sorge nel garantito il diritto a ottener la difesa, è appunto la proposizione della domanda di molestia, in virtù della quale l'obbligazione di prestar la difesa, da condizionata che era, diventa semplice. Vediamo così che la proposizione della domanda di molestia fa sorgere nel garantito il diritto ad esser difeso: ma l'esistenza di un *diritto,* non implica ancora l'esistenza di una azione, a far sorgere la quale deve concorrere l'esistenza di un *fatto contrario al diritto;* nel caso nostro il fatto contrario al diritto si verifica quando il garante, chiamato in causa a prestar la difesa (mediante un intervento coatto che, come si è visto, non deve confondersi coll'azione di difesa), nega di esser tenuto a prestar la difesa stessa.

A questo punto, esistendo insieme il diritto e il fatto contrario al diritto, sorge nel garantito l'azione di difesa, poichè sorge l'interesse a chiedere al giudice il riconoscimento del diritto violato. Diremo adunque che *la* PROPOSIZIONE *della domanda di molestia è un presupposto necessario dell'azione di difesa,* poichè soltanto la proposizione di quella produce il diritto alla difesa, ch'è il primo elemento del titolo di questa (16).

---

(15) CHIOVENDA, *Principii,* 3.ª ediz., pag. 63.

(16) Questo è il rapporto che esiste tra azione di molestia e azione di garantia quando l'obbligazione di garantia si consideri, com'io faccio, l'obbligazione di prestar la difesa processuale contro un'azione di molestia già iniziata (dietro, n. 2).

Ma l'azione di garantia comprende in sè, oltre l'azione di difesa, anche l'azione di risarcimento; e anche in questa bisogna considerare specialmente il *titolo*, il quale deve resultare da due elementi: il *diritto* al risarcimento, l'esistenza di un danno (*fatto contrario al diritto*). Perchè si abbia il *diritto* al risarcimento, occorre che il garante chiamato in causa abbia riconosciuto di esser tenuto alla difesa (nel qual caso il garantito non avrà più interesse a esercitare l'azione di difesa, perchè sarebbe inutile chiedere al giudice la dichiarazione di un diritto che lo stesso obbligato riconosce), o che, avendolo negato il garante e per conseguenza avendo il garantito proposto azione per il riconoscimento del proprio diritto alla difesa, il giudice abbia dichiarato l'esistenza di una volontà di legge che assicura tale diritto. Quando, per riconoscimento del garante o per dichiarazione del giudice, è stabilita l'esistenza nel garantito del diritto alla difesa, viene ad essere implicitamente, per l'art. 1218 Cod. civ., affermata l'esistenza del *diritto* al risarcimento del danno derivante dalla inadempienza del garante (primo elemento del titolo dell'azione di regresso). Ma, affinchè dal diritto al risarcimento sorga l'azione di regresso, occorre il verificarsi di un danno (secondo elemento del titolo dell'azione di regresso), il quale consiste per l'appunto nell'accoglimento della domanda di molestia (o nel rigetto di essa, quando il garantito è attore). Diremo adunque che *l'*ACCOGLIMENTO *della domanda di molestia è un presupposto necessario dell'azione di regresso,* poichè soltanto l'accoglimento di quella produce il verificarsi effettivo di un danno, ch'è il secondo elemento del titolo di questa (17).

Ma qualora tale obbligazione si considerasse come l'obbligazione del garante di impedire che molestie giudiziarie vengano proposte contro il garantito, allora bisognerebbe concludere che la proposizione della domanda di molestia rappresenta non il verificarsi della condizione che fa sorgere il *diritto* (primo elemento del titolo), ma il *fatto contrario al diritto* che fa sorgere l'azione (secondo elemento del titolo). Tale concezione, che anche a noi è sembrata per un momento la vera, vien dimostrata erronea dal già citato Reg. Giuseppino, nel quale l'azione di difesa non sorge fin da quando vien proposta contro il garantito l'azione di molestia, ma solo quando il garante interpellato si rifiuta di prestare amichevolmente la difesa. Questo rifiuto è considerato quel fatto contrario al diritto, che produce interesse nel garantito a ricorrere al giudice.

(17) Quando si pensa che, nel nostro istituto processuale della chiamata in garantia, la domanda di risarcimento si propone insieme colla domanda di difesa, appena l'azione di molestia è stata fatta valere in giudizio, parrebbe che l'accoglimento della domanda di molestia non sia un presupposto dell'azione di risarcimento, la quale sorge e viene esercitata prima che sull'azione di molestia il giudice si sia pronunciato, ma soltanto un presupposto dell'accoglimento della domanda di risarcimento. Questa apparenza peraltro si manifesta fallace, solo

Per esaurire finalmente l'analisi di questi rapporti bisogna riconoscere che mentre tra l'*oggetto* (*petitum*) dell'azione di molestia e quello dell'azione di difesa non passa alcuna relazione (dietro, n. 86), fra l'oggetto dell'azione di molestia e quello dell'azione di regresso un certo nesso si può rintracciare: infatti nella determinazione economica del danno, oggetto di questa, entra come elemento principale il valore dell'oggetto di quella (per esempio, se il fidejussore è stato condannato a pagar 100 al creditore principale, il fidejussore potrà richiedere al debitore principale 100, più le spese di causa, ecc.) (18).

91. — Terminata così l'analisi dei rapporti che passano tra l'azione di molestia e l'azione di garantia, scomposta in azione di difesa e azione di risarcimento, dobbiamo concludere che, se un rapporto di identità totale non si trova in nessuno delle loro rispettive tre entità costitutive (*persone, titolo, oggetto*), profonde relazioni passano tuttavia tra queste entità; concorre identità parziale delle persone; il titolo dell'azione di garantia è subordinato alla proposizione e all'accoglimento dell'azione di molestia; nella determinazione del valore economico dell'oggetto di quella entra a far parte il valore dell'oggetto di questa.

Tanto stretti sono i vincoli che uniscono l'azione di molestia coll'azione di garantia che alcuni autori hanno voluto scorgere in esse una specie di *indivisibilità processuale*, per la quale, una volta riunite nello stesso giudizio (nel modo che tra poco esporrò), esse dovrebbero necessariamente subire le stesse sorti nell'ulteriore svolgimento del processo, nel modo stesso col quale le domande acces-

---

considerando che, per virtù dell'istituto della chiamata in garantia, l'azione di risarcimento può esser fatta valere anche prima del verificarsi del danno, ma sempre nell'ipotesi che il danno si verifichi; se il danno non si verifica (cioè se la domanda di molestia viene respinta), la domanda di risarcimento deve esser respinta per mancanza d'interesse.

(18) La natura dei rapporti che passano tra azione di molestia e azione di garantia è stata vista, ma non approfondita dal CASTELLARI, che dice (op. cit., pag. 514), « è lo esercizio dell'una che fa nascere l'altra; dalla molestia arrecata colla proposizione di quella sorge il diritto alla rilevazione correlativa, ossia la causa di questa; dalla soccombenza temibile nel giudizio di quella spunta il diritto alla indennizzazione, fondamento di questa ».

Anche il DE PAEPE (op. cit., n. 8) scrive: « ... l'obligation du garant dépend toujours de celle du garanti; son obligation n'esiste pas lorsque le garanti n'est pas obligé lui-même. Ainsi la demande en garantie est subordonnée à la demande principale. Cette subordination constitue le caractère distinctif de la demande en garantie. Elle établit entre cette demande et la demande principale un lien plus étroit que la simple connexité... ».

sorie seguono le stesse sorti delle domande principali (19). Ma, basandoci su l'analisi compiuta nel n. precedente, riteniamo che tale indivisibilità processuale non possa accettarsi in senso assoluto, e formuliamo fin d'ora le seguenti proposizioni, che serviranno in seguito a risolvere alcuni tra i più complicati problemi nascenti in materia di garantia:

1ª L'accoglimento della domanda di molestia (o il rigetto di essa, quando il garantito è attore) è un presupposto necessario dell'accoglimento della domanda di garantia (considerata nel suo ultimo oggetto di risarcimento economico); cosicchè, se la domanda di molestia viene respinta (o accolta, quando il garantito è attore), dev'essere necessariamente respinta anche la domanda di garantia.

2ª L'accoglimento della domanda di molestia (o il rigetto di essa, quando il garantito è attore) non produce di per sè solo l'accoglimento della domanda di garantia, occorrendo a tale effetto anche l'esistenza di un diritto alla difesa, necessario presupposto dell'azione di garantia; cosicchè, se la domanda di molestia viene accolta, può ciò non ostante esser respinta la domanda di garantia.

3ª Il rigetto della domanda di garantia, se alcuna volta (v. proposizione 1ª) è l'effetto del rigetto della domanda di molestia, può altre volte derivare dalla mancanza del diritto alla difesa, presupposto necessario dell'azione di garantia (prop. 2ª); cosicchè il rigetto della domanda di garantia non produce mai il rigetto della domanda di molestia, mentre è vero il contrario.

§ 2. — *Effetti di questa relazione sulla competenza.*

92. — Ho già detto, nella parte storica di questo studio (dietro, n. 20), qual era il significato della massima romana « *venditor emptoris judicem sequi solet* ». Qualora contro il compratore di un immobile fosse iniziata un'azione rivendicatoria (azione di molestia), dinanzi al foro determinato secondo le ordinarie regole di competenza, il compratore garantito era tenuto a denunziar la lite al venditore garante, il quale, se voleva prestare al garantito la difesa processuale per evitare il pericolo di dover poi pagare a costui il risarcimento dell'avvenuta evizione, era tenuto a prestarla dinanzi al giudice ormai investito dell'azione di molestia, senza poter costringere il terzo rivendicante a trasferir l'azione dinanzi al foro proprio a lui garante. Questa regola, basata sul principio « *ubi acceptum est semel judi-*

(19) V. su questa specie di *indivisibilità processuale*, CHAVEAU in CARRÉ, *Lois de la Proc.*, quest. 1581 *quater*; DE PAEPE, op. cit., n. 87.

cium, ibi et finem accipere debet » e sul carattere, che il venditore intervenuto nella lite del compratore aveva, di rappresentante (*procurator*) obbligato a seguire il foro del rappresentato, si trova riaffermata e confermata dagli scrittori del diritto comune, i quali negano all'*auctor laudatus* il diritto di opporre al terzo rivendicante la declinatoria del foro, anche se questo *auctor* fosse un chierico sottoposto a un foro privilegiato (dietro, n. 36); e vige tuttora nel diritto processuale germanico, per il quale l'intervento adesivo, che può esser l'effetto della denunzia di lite, ha luogo, come la natura dell'istituto richiede, dinanzi al giudice investito dell'azione di molestia.

Ma, così nel diritto romano, come nel diritto processuale oggi vigente in Germania e in Austria, la sottomissione del garante al foro investito dell'azione di molestia contro il garantito, non si estende oltre il caso in cui il garante, ricevuta la notizia della lite, voglia *spontaneamente* intervenire in essa a prestar la difesa. Se al contrario, il garante, al quale la lite è stata denunziata, nega di esser tenuto alla difesa o non risponde, in modo che il garantito è costretto a ricorrere al giudice per ottenere il riconoscimento del suo diritto alla difesa e al risarcimento, la proposizione dell'azione volta a ottenere questo riconoscimento dev'essere fatta dinanzi al giudice naturale del garante, secondo la regola generale « *actor sequitur forum rei* ». Cosicchè, tutte le volte che il garantito e il garante hanno domicilio diverso, si verifica il caso che l'azione di molestia vien proposta dinanzi a un foro (determinato, per lo più, dal domicilio del garantito o dalla natura dell'azione di molestia) e l'azione di garantia dinanzi a un altro (determinato dal domicilio del garante).

93. — Di fronte al sistema della *denunzia di lite* pura e semplice, derivato dal diritto romano e accolto oggidì dalle leggi processuali a tipo tedesco, sta il sistema della *chiamata in garantia*, derivato dall'antico diritto germanico e accolto attualmente da tutte le leggi processuali a tipo francese, in forza del quale il giudice investito dell'azione di molestia proposta contro il garantito è competente, finchè pende il giudizio su questa, a conoscere anche dell'azione di garantia proposta dal garantito contro il garante. Ho già detto (dietro, n. 27) che l'origine di questo principio di competenza si deve ricercare in quelle antiche procedure germaniche di rivendicazione mobiliare, nelle quali l'autore che assumeva dinanzi al terzo rivendicante la causa del suo successore poteva esser condannato dallo stesso giudice a restituire a costui il prezzo della cosa illecitamente vendutagli; che questo principio si conservò nella pratica consuetu-

dinaria francese e fece sentire i suoi influssi anche in Italia, ove qualche scrittore del diritto comune ne volle erroneamente trovar la giustificazione in alcune leggi romane (dietro, nn. 31 e 37); che finalmente, il principio stesso fu definitivamente accolto dall'Ordinanza del 1667, la quale stabilì, all'art. 8 del Titolo VIII, che « *ceux qui seront assignez en garantie formelle ou simple seront tenus de proceder en la jurisdiction où la demande originarie sera pendante, encore qu'ils denient estre garants* » (dietro, n. 32).

La regola, introdotta così nella legislazione dall'Ordinanza del 1667, fu conservata nel Codice di procedura francese vigente (art. 181) quasi colle stesse parole; e, con diversa espressione ma con ugual significato, essa passò anche nel nostro Codice vigente, il quale, all'art. 100, stabilisce che « *l'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale* (questione di molestia) *è competente a conoscere... dell'azione in garantia* » (20).

94. — E' evidente che il separato e contemporaneo svolgimento dell'azione di molestia e dell'azione di garantia dinanzi a due differenti fori, possibile sempre col sistema della denunzia di lite, se da una parte rispetta nel garante il diritto al suo giudice naturale, dall'altra presenta gravi pericoli, ad evitare i quali provvede l'istituto della chiamata in garantia.

Infatti, col sistema della denunzia di lite, se, mentre pende contro il garantito l'azione di molestia, questi inizia l'azione di garantia contro il garante, il contemporaneo e separato svolgimento dinanzi a fori diversi di due questioni così strettamente connesse può portare facilmente *a una contraddittorietà nei giudicati* che porranno fine ai due separati giudizî. Se si ripensa al principio già posto che l'accoglimento della domanda di molestia è un presupposto dell'accoglimento della domanda di garantia, apparisce chiaro che, quando due giudici diversi fossero investiti delle due azioni, potrebbe il giudice dell'azione di garantia respinger la domanda del garantito,

---

(20) V. Cod. Parmense, art. 134; Cod. proc. civ. Francese, art. 59; Legge Belga, art. 50; Cod. Vallese, art. 17; Cod. Rumeno, art. 64, che hanno su ciò una disposizione separata sotto il titolo della competenza; anche le Costituzioni Piemontesi del 1771 stabilivano espressamente (lib. III, tit. I, art. 7) che le cause di garantia erano di competenza del giudice investito della causa principale, eccetto il caso in cui il vassallo fosse chiamato in garantia davanti al giudice della sua terra. Le legislazioni che adottano la denunzia di lite non stanno a determinare che dell'azione di garantia dev'essere investito il giudice territoriale del garante, perchè questa è una regola di competenza ordinaria. Fa eccezione la legge di Lucerna, nella quale è espressamente stabilito che (§ 87) « l'azione di regresso deve esser trattata davanti al giudice competente del garante ».

ritenendo infondata l'azione di molestia e quindi mancante di un presupposto l'azione di garantia, mentre da parte sua il giudice dell'azione di molestia, accogliendo la domanda del terzo contro il garantito, ritenesse fondata l'azione di molestia e quindi esistente quel presupposto dell'azione di garantia negato dall'altro giudice; oppure potrebbe il giudice dell'azione di garantia accoglier la domanda del garantito contro il garante, mentre da parte sua il giudice dell'azione di molestia ritenesse infondata l'azione del terzo contro il garantito e quindi distruggesse nel garantito l'interesse a chiedere un risarcimento al garante. Ho già detto che la domanda avanzata dal garantito, quando propone la sua azione di garantia, è una domanda *condizionata,* poichè egli chiede che venga accolta la sua domanda contro il garante, se contro di lui verrà accolta la domanda del terzo molestante (dietro, n. 69); si comprende, ciò posto, il possibile verificarsi di decisioni contraddittorie quando si attribuisse la decisione sul condizionato a un giudice che non fosse investito anche della decisione sul condizionante.

Ad evitare la possibilità di sentenze contraddittorie appare chiara l'opportunità di sottoporre la cognizione dell'azione di molestia e quella dell'azione di garantia a un solo giudice, il quale possa formarsi sull'una e sull'altra questione quella convinzione unica che gli darà modo di informare a un solo criterio le due decisioni. Lo scopo di evitare la contraddittorietà dei giudicati mediante un *idem judex,* che è il principal fondamento della competenza per connessione, consiglia anche in questo caso particolare la assegnazione ad uno stesso giudice delle due azioni connesse.

95. — Ma, ammessa l'opportunità di far decidere da uno stesso giudice le due azioni, qual criterio si dovrà tenere per determinare questo giudice?

Nel caso più semplice di cause connesse per identità di oggetto e di titolo, e soggette, secondo l'ordinaria competenza, ad autorità giudiziarie territorialmente diverse, il criterio per determinare il giudice che deve giudicare di tutte è dato dalla *prevenzione:* trattandosi di cause che stanno tra loro in rapporto di coordinazione, in modo che nessuna prevale per sua intima importanza sulle altre, è ovvio che il giudice preventivamente adito per una di queste cause sarà il più adatto per giudicare anche le altre cause connesse, successivamente proposte (art. 104 Cod. proc. civ.).

Ma trattandosi di azioni connesse per vincoli più intimi e più complicati, come son quelli che uniscono l'azione di molestia all'azione di garantia, non può più servire a regolar la competenza il criterio della prevenzione.

Se si mettono l'una di fronte all'altra l'azione di molestia e l'azione di garantia, evidente appare la maggiore importanza di quella in confronto a questa, e la subordinazione di questa a quella: all'efficacia che l'azione di molestia esercita sull'azione di garantia non corrisponde una reciproca efficacia esercitata dall'azione di garantia sull'azione di molestia; ond'è che mentre l'azione di molestia può esser senza alcun danno decisa separatamente dall'azione di garantia, l'azione di garantia non può senza danno esser decisa separatamente dall'altra. Appare dunque logico e naturale che, nel regolamento della competenza, l'azione di molestia debba prevalere ed abbia la forza di attrarre al proprio foro l'azione di garantia, indipendentemente da qualunque criterio di prevenzione.

A queste ragioni, che valgono in generale per tutti i casi di azioni subordinate, la cui cognizione è attratta sempre al foro dell'azione subordinante (artt. 99 e 100 Cod. proc. civ.), si possono aggiungere ragioni particolari al caso dell'azione di garantia, le quali, per la speciale natura di quest'azione, consigliano di sottoporne la decisione al giudice competente per l'azione di molestia. L'oggetto principale e caratteristico dell'obbligazione di garantia è, come altrove ho dichiarato (dietro, n. 2), la prestazione di un'opera (difesa processuale) la quale deve esser fornita dall'obbligato proprio nel luogo ove avviene l'offesa e non altrove, vale a dire, poichè è un'opera che non può esser prestata altro che in giudizio, in quel giudizio ove si decide l'azione di molestia. Ora, ciò posto, l'attribuire la cognizione dell'azione di garantia all'autorità giudiziaria competente per l'azione di molestia è nient'altro che applicare il principio stesso dell'art. 91 Cod. proc. civ., secondo il quale, col concorso di speciali circostanze, « l'azione personale si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui... *deve eseguirsi l'obbligazione* ». L'obbligazione di prestar la difesa deve eseguirsi in quel giudizio ov'è proposta l'azione di molestia; se l'azione di difesa, nascente dall'inadempimento di tale obbligazione, e la conseguente azione di risarcimento vengono proposte allo stesso giudice, dinanzi al quale l'obbligazione doveva essere eseguita, si avrà una applicazione del *forum destinatae solutionis,* il quale, in altri casi, (art. 91 Cod. proc. civ.), è esplicitamente riconosciuto dalle nostre leggi processuali.

96. — L'attribuzione dell'azione di garantia al giudice competente per l'azione di molestia elimina il pericolo della contraddittorietà dei giudicati; ma se le due questioni, quantunque sottoposte alla cognizione di uno stesso giudice, venissero trattate ciascuna con un separato procedimento, resterebbe tuttavia ferito il principio

dell'*economia dei giudizî*, che mira per quanto è possibile a risparmiare tempo e spese giudiziali. A salvaguardare il principio dell'economia dei giudizî può servire egregiamente anche in questo caso la unione delle due questioni in un unico procedimento (*simultaneus processus*), in virtù della quale si evita, col contemporaneo svolgimento delle due questioni connesse, lo spreco di tempo e di spese che deriverebbe dalla duplicità dei giudizî.

La unione delle cause (secondo l'art. 229 Reg. gen. giud., e ora secondo l'art. 31 R.D. 31 agosto 1901), suggerita dagli stessi suesposti motivi in tutti i casi di azioni connesse, è nel nostro caso consigliata anche da motivi speciali, derivanti dalla caratteristica natura dell'obbligazione di garantia. Bisogna infatti considerare che il garantito è parte così nella questione di molestia come nella questione di garantia; e che, mentre, se le due questioni si trattassero disgiuntamente, egli sarebbe costretto a partecipare a due giudizî, quando le due cause sono unite egli può in un giudizio solo resistere all'azione di molestia e volgere contro il garante l'azione di garantia, coordinando opportunamente a entrambi gli scopi la propria tattica nel dibattito giudiziario. Il garante, d'altra parte, ha il modo, quando il procedimento delle due questioni è unico, di prestare in ipotesi la difesa che il garantito gli chiede, pur negando in tesi di esser obbligato a questa difesa: tattica che, se non impossibile, certo gli sarebbe più gravosa quando per prestar la difesa dovesse intervenire in un giudizio diverso da quello in cui egli negasse di esser tenuto a prestarla. La unione delle due cause, insomma, permette nel nostro caso alle parti una molto maggior libertà di movimenti, e una più spedita facilità nella tutela dei rispettivi diritti.

97. — La regola, accolta dall'art. 100 Cod. proc. civ., secondo la quale l'azione di garantia dev'esser decisa dall'autorità giudiziaria competente per l'azione di molestia, è posta nell'interesse privato o risponde a ragioni di ordine pubblico?

La risposta da dare a questa domanda è la stessa che si dà per tutti i casi di competenza per connessione. Tutte le volte che il legislatore attribuisce la cognizione di due o più cause connesse alla competenza di uno stesso giudice e permette l'unione di queste cause in un unico procedimento, mira:

1) a evitare il pericolo di sentenze contraddittorie (mediante l'*idem judex*);

2) a risparmiare gli indugi e le spese di un doppio processo (mediante il *simultaneus processus*).

E' evidente che questo secondo scopo è di semplice utilità privata, perchè nulla importa all'ordine pubblico che un privato cit-

tadino spenda più o meno, o s'indugi più o meno in una controversia giudiziaria. Ma il primo scopo sembra aver riguardo a criterî d'ordine pubblico: infatti interessa l'ordine pubblico che la giustizia funzioni rettamente e non commetta lo sconcio di emanare su una stessa questione due decisioni contraddicenti. Pur tuttavia io opino, come egregiamente fa il CASTELLARI, che anche lo scopo di evitare la contraddittorietà dei giudicati si riferisca, nello speciale caso della competenza per connessione, più all'ordine privato che all'ordine pubblico, poichè il legislatore mira, per mezzo di tal competenza, « a porre in grado i contendenti di evitare, se vogliono, il nocumento della discordanza dei giudicati, che prossimamente loro sovrasta » (21); e nel ritenere che la competenza per connessione in generale, e quindi anche la special competenza stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ., per l'azione di garantia, è posta principalmente nell'interesse privato, inclina la dottrina prevalente (22).

§ 3. — *Inapplicabilità dei principî esposti alla garantia impropria.*

98. — Già ho accennato, nella Introduzione a questo Studio (dietro, n. 7), a una notevole tendenza dottrinale e giurisprudenziale, che vuole estendere le regole della vera e propria azione di garantia anche ai molteplici casi di *garantia impropria;* e fin da allora mi son riserbato di esaminare la questione anche dal punto di vista della connessione di causa.

Per potere, senza andar contro la legge, applicare agli svariati casi di garantia impropria le regole della vera azione di garantia, bisognerebbe che l'azione di garantia impropria stesse di fronte a un'altra azione principale negli stessi rapporti in cui l'azione di vera garantia sta di fronte all'azione di molestia; bisognerebbe cioè, che lo stesso vincolo di connessione che consiglia l'unione della questione di garantia colla questione di molestia, consigliasse per gli stessi motivi anche l'unione dell'azione di garantia impropria con un'altra azione subordinante.

99. — E' molto facile dimostrare che questo vincolo di connessione non esiste nei casi di garantia impropria. Si prenda, ad esempio, il caso pratico già fatto al n. 10. Verificatasi la inadempienza con-

---

(21) CASTELLARI, op. cit., n. 384. Contro MORTARA, *Comm.*, II, 292; COVIELLO L., *L'elezione di domicilio e la chiamata in garantia* (*Foro it.*, 1907, 1, 718).

(22) PIOLA, *Competenza civile* (*Dig. it.*, VII, 3.ª), n. 161 *bis;* GALLUPPI, op. cit., n. 82; DE PAEPE, op. cit., n. 8.

trattuale di *B* verso *A*, causata dalla inadempienza di *C* verso *B*, al quale *C* non ha fornito nel tempo debito la merce che *B* doveva fornire ad *A*, *A* propone contro *B* domanda di risarcimento; *B* a sua volta propone domanda di risarcimento contro *C*, al quale si può far risalire la responsabilità per la inadempienza di *B* verso *A*. Esiste tra l'azione che *A* intenta a *B* e l'azione che *B* intenta a *C* un vincolo di connessione tale per cui si debba applicare qui l'art. 100 Cod. proc. civ., attribuendo la cognizione dell'azione di *B* contro *C* allo stesso giudice investito dell'azione di *A* contro *B*? In queste due azioni concorre parziale identità di persone, come concorre nell'azione di molestia e in quella di garantia; e anche qui, pur non essendovi identità di oggetto, il valore economico della domanda di *A* contro *B*, può entrare a far parte del valore della domanda di *B* contro *C*. Ma, in quanto al titolo, non appare in queste due azioni quella relazione caratteristica che, al n. 90, ho voluto mostrare propria dell'azione di molestia di fronte all'azione di garantia. Il titolo dell'azione di risarcimento che *A* intenta contro *B* è il diritto che *A* aveva di ottenere da *B* la prestazione pattuita, leso dalla inadempienza di *B* (*actio inadimpleti contractus*); il titolo dell'azione di risarcimento che *B* intenta contro *C*, è il diritto che *B* aveva di ottenere da *C* la prestazione pattuita, leso dalla inadempienza di *C* (*actio inadimpleti contractus* separata e indipendente dall'altra). Non è la proposizione della domanda di *A* contro *B* che fa sorgere in *B* il diritto di agire contro *C*, perchè il diritto al risarcimento che *B* ha contro *C* è sorto fin dal momento in cui *C* si è reso inadempiente, indipendentemente dal fatto che questa inadempienza abbia posto il danneggiato *B* nel caso di danneggiare a sua volta il terzo *A* e di esser convenuto poi da questo terzo con una domanda di risarcimento. Come già si è visto, nell'azione di garantia la proposizione della domanda di molestia rappresenta il verificarsi di quella condizione senza la quale il diritto alla difesa processuale non sorge: sicchè la proposizione della domanda di molestia è un necessario presupposto dell'azione di difesa; invece, nel caso in esame, in cui si hanno due successive azioni di risarcimento, la proposizione della prima domanda di risarcimento non è affatto una condizione necessaria a far sorgere nel convenuto il diritto di esser risarcito da colui che è in definitiva il vero responsabile di ogni danno: vale a dire la proposizione della domanda di risarcimento di *A* contro *B* non è affatto un presupposto dell'azione di risarcimento di *B* contro *C*, tantochè, se la domanda di *A* contro *B* venisse respinta, non per questo dovrebbe esser respinta (come accadrebbe sempre, per il 1° principio posto al n. 91, se si trattasse di azione di garantia) la domanda di *B* contro *C*, basata su un diverso fatto colposo e volta a conseguire

l'indennità per tutti i danni da questo fatto colposo prodotti, anche all'infuori di quelli che sarebbero potuti derivare a *B* se fossero state accolte contro di lui le pretese di *A*.

100. — Bisognerebbe dunque affermare, quando si volesse porre un principio sicuro tale da non produrre incertezze nella pratica applicazione, che la connessione la quale è richiesta affinchè si possa applicare l'art. 100 Cod. proc. civ. si verifica *soltanto nei casi di vera e propria garantia*, formale o semplice, nel senso già dichiarato (dietro, n. 4); seguendo questo criterio assoluto, sarebbe facile escludere dalla competenza per connessione tutti quei casi concreti in cui si vuol far passare per azioni di garantia (difesa processuale) azioni che mirano semplicemente a un risarcimento. Non seguendo questo criterio e volendo estendere le regole di competenza per connessione anche alle azioni di garantia impropria, è naturale che si debba adottare criterî fallaci ed empirici per misurare il grado di connessità dell'azione di risarcimento principale coll'azione di risarcimento derivata; e i criterî più disparati si trovano infatti adottati dalla giurisprudenza italiana e francese, la quale non si cura di indagare se l'azione proposta nelle forme della chiamata in garantia miri veramente a quella prestazione di difesa processuale, per favorir la quale la competenza dell'art. 100 Cod. proc. civ. è specialmente costituita.

La giurisprudenza italiana, seguendo la ormai tradizionale e divulgatissima teoria del PESCATORE sulla connessione di causa, ripete, senza vagliare l'intima fondatezza di questo principio, che la connessione dell'azione di garantia coll'azione di molestia consiste nella identità del *titolo* e dell'*oggetto* (23); ma quando si tratta di decidere in che cosa questa identità consista e quando praticamente si verifichi, si trova affermato da alcuni giudicati che essa non esiste quando i rapporti giuridici che passano tra terzo molestante e garantito sono diversi da quelli che passano tra garante e garantito (24), mentre altre sentenze riconoscono che la connessione tra azione di molestia e azione di garantia può verificarsi anche quando tali rapporti non sono della stessa natura (25). E si giunge perfino a trovare

---

(23) V., per es., App. Torino: 5 dicembre 1905, *Giur. tor.*, 1906, 349; id., 1.° marzo 1907, *Giur. tor.*, 1907, 547.

(24) Citata sentenza App. Torino, 1.° marzo 1907; App. Milano, 18 luglio 1908, *Ferrovie*, 1908, 291; Cass. Roma, 30 gennaio 1909, *Foro it.*, 1909, 306.

(25) La Cass. Torino, 5 febbraio 1904 (*Giur. tor.*, 1904, 342) così rettamente si esprimeva: « ... Non è presupposto necessario dell'esercizio dell'azione in garantia, l'identità del contratto intervenuto tra l'attore ed il convenuto principale; nè possono neppure esservi stati rapporti contrattuali, e l'azione in garantia può

tale connessione tra due azioni di risarcimento, l'una derivante dall'altra, poichè, si dice, identico è l'oggetto, ossia il risarcimento del danno, identico è il titolo, ossia il fatto produttivo del danno (26).

---

appunto dipendere da rapporti contrattuali tra attore in garantia e convenuto in garantia, siccome avviene d'ordinario nei casi di garantia formale. Tizio istituisce un'azione di rivendicazione di un fondo contro Caio, il quale a sua volta chiama in garantia Sempronio da cui acquistò il fondo; fra Sempronio e Caio vi sono rapporti contrattuali dipendenti dalla compra-vendita, sui quali si fonda l'azione di rilievo, mentre fra Caio e Tizio l'azione è fondata sul diritto di proprietà che questo vanta sul fondo, indipendentemente da ogni rapporto contrattuale tra Tizio e Caio » V. anche Cass. Torino, 17 giugno 1907, *Giur. tor.*, 1907, 644.

(26) Cass. Torino, 5 febbraio 1904, citata, loc. cit., pag. 343 in fine. V. Corte Rennes, 30 giugno 1890, DALLOZ, *Rec.*, 1890, 2, 308; Cass. civ., 27 dicembre 1882, DALLOZ, *Rec.*, 1883, 1, 343.

Capitolo V

L'AZIONE DI GARANTIA DI FRONTE ALLA COMPETENZA RELATIVA

Sommario

1. — *Limiti nel tempo e nello spazio della regola posta dall'art. 100 Cod. proc. civ.*

101. L'azione di garantia in via principale, mentre l'azione di molestia non è ancora proposta o è già decisa, si propone dinanzi al foro ordinario. — 102. Competenza per l'azione di garantia mentre l'azione di molestia è in appello. — 103. L'art. 100 Cod. proc. civ. si applica durante la pendenza della questione di molestia, tanto all'azione di garantia in via incidentale quanto a quella in via principale. — 104. Effetti della proposizione dell'azione di molestia sulla questione di garantia pendente dinanzi al foro ordinario. — 105. L'art. 100 Cod. proc. civ. si applica anche se non è possibile il *simultaneus processus*. — 106. Effetti della ultimazione della questione di molestia sulla questione di garantia pendente dinanzi al foro di connessione. — 107. Estensione dell'art. 100 Cod. proc. civ. alle questioni connesse coll'azione di garantia. — 108. *Quid*, nel caso di litispendenza? — 109. Se si possa dinanzi al giudice italiano chiamare in garantia uno straniero.

§ 2. — *In quali casi il garante possa sottrarsi alla regola dell'art. 100 Cod. proc. civ.*

110. L'art. 100 costituisce una deroga alla competenza per territorio, per la quale il garante non può farsi rinviare dinanzi al suo giudice naturale. — 111. Eccezione di incompetenza nel caso di frode. — 112. Eccezione di incompetenza territoriale in relazione al domicilio del garantito. — 113. Rinuncia alla competenza per connessione: espressa o tacita, generica o specifica. — 114. Non si ammette rinuncia generica: *a*) elezione di domicilio generica. — 115. *b*) Clausola compromissoria generale.

§ 1. — *Limiti nel tempo e nello spazio della regola posta dall'articolo 100 Cod. proc. civ.*

101. — L'azione di garantia si può esercitare, come altrove fu detto, in due modi: come azione principale, in un giudizio autonomo, e come azione incidentale, in quel giudizio stesso in cui si decide la questione di molestia. Affinchè l'azione di garantia si possa

esercitare in via incidentale (chiamata in garantia) occorre naturalmente (dietro, n. 63) che sia pendente il giudizio sull'azione di molestia; poichè *prima* che l'azione di molestia sia stata proposta, o *dopo* che sia stata decisa, l'unico modo nel quale l'azione di garantia si può far valere è evidentemente quello per giudizio autonomo in via principale. Cosicchè quella facoltà che ha il garantito di scegliere la forma incidentale o la forma principale per esercitar la sua azione di garantia, esiste soltanto durante la pendenza della causa di molestia, poichè, *prima* o *dopo,* il garantito sarà costretto a esercitare la sua azione di garantia in via principale.

L'azione di garantia in via principale, prima che l'azione di molestia sia stata proposta o dopo che già è stata decisa, si propone dinanzi al foro ordinario del garante, determinato secondo le regole della competenza territoriale.

Ciò accade, ho detto, quando l'azione di garantia si propone *dopo* che la causa di molestia è terminata: quando la causa di molestia è chiusa ed è finita con una sentenza contro il garantito, non esisterebbero più, per sottoporre la questione di garantia a un giudice diverso da quello naturale, le ragioni di economia dei giudizî e di rimedio a possibili contrarietà di sentenze (1).

Lo stesso si può dire quando l'azione di garantia venga proposta *prima* dell'azione di molestia (2). Può parere strano che, dopo tutto ciò che si è detto per dimostrare che l'azione di garantia ha per necessario presupposto la proposizione contro il garantito della azione di molestia, si possa parlare di un'azione di garantia proposta *prima* che sia iniziata l'azione di molestia; ma vi sono dei casi eccezionali in cui ciò può verificarsi. Per esempio l'art. 1919 Cod. civ. stabilisce (nn. 2, 3, 4 e 5) dei casi in cui il fidejussore, anche prima di aver pagato e di essere stato convenuto giudizialmente per il pagamento (azione di molestia), può agire contro il debitore per esser da lui rilevato (azione di regresso); e ciò accade, perchè la legge, allo scopo di mettere al sicuro il fidejussore, finge che il presupposto della proposizione dell'azione di molestia, necessario ordinariamente a far sorgere l'azione di garantia, si sia già verificato (3).

---

(1) App. Milano: 6 febbraio 1894, *Mon. trib.*, 1894, 272; 2 maggio 1906, *Mon. trib.*, 1906, 797; Cass. Torino, 15 aprile 1907, *Mon. trib.*, 1907, 441. V. anche DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 388.

(2) PIOLA, *Competenza civile,* n. 170.

(3) Un esempio di azione di regresso fatta valere prima che la molestia assuma forma giudiziaria, si trova nell'art. 61 della Legge Processuale di Friburgo, secondo il quale « prima dell'inizio di ogni giuridico attacco (*angriff*), colui che è disturbato, o è minacciato di esserlo, nel possesso di un diritto, può senz'altro proporre contro il suo garante domanda di risarcimento ».

La stessa espressione dell'art. 100 Cod. proc. civ., secondo il quale « l'autorità giudiziaria, davanti cui *pende* la causa principale, è competente... etc. », mostra chiaramente che quando la causa principale (azione di molestia) *non pende,* la regola speciale dell'art. 100 non ha ragione di essere applicata in luogo della ordinaria competenza secondo la quale « *actor sequitur forum rei* ». Non potrebbe quindi il fidejussore, in uno dei casi contemplati dall'art. 1919 Cod. civ., citare preventivamente il debitore principale (garante) dinanzi al foro del domicilio proprio a lui fidejussore (garantito), prevedendo che appunto a quel domicilio egli fidejussore dovrebbe esser citato dal comune creditore. Nè, in altri casi, colui che ha diritto di esser rilevato dalle conseguenze di una sentenza già pronunziata, potrebbe citare il garante dinanzi al foro ove la sentenza fu pronunciata, se questo foro non è il foro territoriale del garante.

102. — La regola di competenza stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ. è limitata *nel tempo,* inquantochè essa ha vigore soltanto durante quel periodo in cui la questione di molestia (causa principale) *pende* in primo grado di istanza. Tale pendenza, agli effetti dell'articolo 100 Cod. proc. civ., dura dal momento in cui viene legalmente proposta la domanda (cioè da quando la citazione viene notificata al convenuto) fino al momento in cui vien pronunciata la sentenza che decide sul merito di questa domanda, o viene accettata la rinuncia agli atti del giudizio o dichiarata la perenzione d'istanza. Mentre agli effetti della *litispendenza* lo stato di pendenza di una lite cessa soltanto quando essa termini con una sentenza definitiva non più impugnabile coi mezzi ordinarî (4), agli effetti della regola di connessione posta all'art. 100 Cod. proc. civ., la questione di molestia cessa di esser pendente quando viene emanata la sentenza di primo grado, nonostante che siano sempre aperte le vie ordinarie d'impugnativa; cosicchè, quando la questione di molestia vien portata al giudizio di secondo grado, l'azione di garantia che non sia stata proposta nel giudizio di primo grado non sarà più sottoposta al foro di connessione.

Contro tale principio sta il CASTELLARI (5), secondo il quale allorquando l'azione in garantia non sia stata proposta nel giudizio di primo grado, e si voglia proporla mentre pende il giudizio di molestia in secondo grado, essa dovrebbe esser proposta dinanzi a quel giudice che ebbe a decidere sull'azione di molestia in primo grado,

(4) MORTARA, *Comm.*, II, n. 207.
(5) Op. cit., pag. 517-518.

e non già al giudice che astrattamente sarebbe competente a giudicare per territorio, secondo il domicilio del garante (6).

Questa opinione del CASTELLARI non mi pare giustificata. Il garante è privato del suo foro territoriale solo quando si possa conseguire il vantaggio dell'economia dei giudizi e si debba sfuggire il pericolo di discordi giudicati; ma nel caso in esame, le due ragioni più non sussistono. Sfuggire alle spese e allo spreco di tempo derivanti da un doppio processo, non si può più, perchè ormai il secondo processo, finito il primo, deve svolgersi separatamente. Per evitare poi la disparità dei giudicati, non occorre più, una volta che la sentenza del giudice di primo grado sulla questione principale sia già emanata e pubblicata, portar la questione di garantia allo stesso giudice; lo *idem iudex* è utile per evitar la disparità dei giudicati solo quando le due questioni dovrebbero esser giudicate contemporaneamente da due diversi tribunali, in modo che il giudice dell'una, non sapendo come verrà giudicato sull'altra, dovrebbe sentenziare soltanto secondo il suo personale opinamento. Ma quando sulla questione principale è già stata emanata una sentenza di primo grado, il giudice dell'azione in garantia, anche se diverso dal primo, si baserà su questa sentenza per non emanarne un'altra contraddittoria a questa (7).

Per tali ragioni io ritengo che, pendente la questione principale in appello, la competenza per connessione stabilita dall'art. 100 per la chiamata in garantia cessi del tutto; onde l'azione in garantia si potrà e si dovrà proporre in via principale al foro determinato dal domicilio del garante (8).

---

(6) Una sentenza App. Torino, 9 dicembre 1861 (*Giurispr. it.*, 1861, II, 776) decise che l'effetto devolutivo dell'appello lascia tuttora sussistere nei primi giudici la competenza per le cause connesse con quella appellata; ma ciò soltanto quando in appello sia una sentenza preparatoria od interlocutoria e quindi il giudizio di merito sia sempre radicato presso di essi.

(7) Si può a questo proposito ripetere ciò che il MORTARA scrive, trattando della competenza in tema di azioni accessorie (*Comm.*, II, n. 23): « Nè si dica che il giudice, il quale ha deciso la lite principale, trarrà dai criteri già adottati lume e fondamento per decidere l'accessoria; perchè ciò può farsi ormai anche da ogni altro giudice, mercè la cognizione della sentenza proferita nell'azione principale e dei motivi che la determinarono... ecc. ».

(8) CHIOVENDA, *Principii* (3.ª ediz.), pag. 566: « La competenza per connessione ha per iscopo il *simultaneus processus*, e non è determinata come anticamente dal diritto del giudice primo adito. Quando il *simultaneus processus* non può aver luogo, non può nemmeno aver luogo rinvio della causa ». (Questa opinione dell'illustre processualista, giusta nel caso in esame, non sembra accettabile enunciata in modo così assoluto, poichè, come abbiamo visto, molte volte la competenza per connessione è determinata dallo scopo di evitare la discordia

103. — Se, prima dell'inizio o dopo il compimento della causa di molestia, la competenza per l'azione di garantia si determina secondo le regole ordinarie (art. 90 Cod. proc. civ.), durante la pendenza della causa di molestia, l'azione di garantia deve essere proposta dinanzi allo stesso giudice investito di tale causa; e ciò *tanto nel caso in cui l'azione di garantia venga proposta in via incidentale, quanto nel caso in cui l'azione di garantia venga proposta in via principale.* Non si deve credere, cioè, che il *forum connexitatis* stabilito dall'art. 100 Cod. proc. civ., debba prevalere, durante la pendenza della questione di molestia, soltanto sull'azione di garantia proposta in via incidentale (chiamata in garantia), fermo restando il diritto nel garantito di proporre, durante la pendenza dell'azione di molestia, l'azione di garantia in via principale al foro territoriale del garante; la regola dell'art. 100, che trova un limite nel tempo, come ho detto al numero precedente, non trova un limite nella forma in cui è proposta l'azione di garantia (9).

L'art. 100 Cod. proc. civ. costituisce dunque *una deroga alla competenza per territorio,* per la quale l'azione di garantia, azione personale che secondo le regole ordinarie dovrebb'esser proposta al foro territoriale del garante, deve esser proposta al foro stabilito dalla connessione. Tale deroga si verifica qualunque sia la regola di competenza in virtù della quale il giudice è investito dell'azione di molestia; non solo, quindi, quando l'azione di molestia vien proposta al foro determinato dal domicilio del garantito, ma anche quando viene legittimamente introdotta a un foro speciale permesso in quel caso dalla legge in considerazione della natura della controversia (*forum contractus, forum destinatae solutionis,* etc.) (10). L'efficacia di questa deroga si manifesta, come è facile intendere, solo in quei casi in cui il foro determinato dalla connessione è diverso dal foro determinato dal domicilio del garante; in tutti questi casi il garante non soltanto, se acconsente a prestar la difesa, è costretto a prestarla dinanzi al foro competente per l'azione di molestia, secondo il già riferito principio « *venditor emptoris judicem sequi solet* » (necessaria conseguenza dell'intervento adesivo), ma è anche costretto,

---

dei giudicati mediante un *idem judex,* anche se non è possibile il *simultaneus processus*). V. DALLOZ, *Rép.*, v. « *Comp. civile des Trib. d'Arr.* ecc. », n. 150.

(9) V. GALLUPPI, op. cit., n. 83. È inesatto, quindi, dire che l'azione di garantia in via principale è sottoposta alle regole di competenza ordinaria (DE PAEPE, op. cit., n. 7).

(10) App. Torino, 5 febbraio 1906, *Giur. tor.*, 1906, 704. Per il caso in cui l'azione di molestia venga proposta al foro determinato dall'elezione di domicilio convenuta tra terzo molestante e garantito, avanti n. 112. Sull'argomento v. DE PAEPE, op. cit., n. 24, ove son riportate decisioni in materia.

se nega di esser tenuto alla difesa, a sottoporre la questione di garantia al giudice stesso, senza potersi valere dell'eccezione di incompetenza relativa (art. 187 Cod. proc. civ.), per farsi rinviare dinanzi al suo giudice naturale.

104. — Supponiamo ora che, in base alla regola sopra stabilita, si sia già iniziata, prima che venga proposta l'azione di molestia, l'azione di regresso del garantito contro il garante al foro territoriale di quest'ultimo: a che, a questo punto, venga iniziata contro il garantito l'azione di molestia, al foro determinato dal suo domicilio. Per esempio: *A* è creditore di *C*, domiciliato a Firenze, per una certa somma, per la quale *B*, domiciliato a Milano, s'è obbligato a prestar mallevadoria; poichè *C* si trova, poniamo il caso, in istato di non solvenza, *B*, sebbene *A* non lo abbia ancora molestato, cita *C* per esser da lui rilevato, e lo cita in via principale al suo foro territoriale di Firenze. Quando già a Firenze verte una lite tra *B* e *C*, *A*, creditore, cita per il pagamento *B* al suo foro territoriale di Milano. Come si dovrà regolare la competenza per queste due cause connesse? Se esse fossero semplicemente due cause connesse per quel vincolo di coordinazione di cui un esempio si trova nell'art. 98 Cod. proc. civ., bisognerebbe ricorrere al criterio della prevenzione, e, secondo l'art. 104 Cod. proc. civ., far giudicare l'azione di *A* contro *B* dallo stesso giudice già investito dell'azione di *B* contro *C*, attraendo l'azione di molestia nella competenza del giudice adito per l'azione di regresso; ma siccome, per i motivi già esposti al n. 95, il vincolo che passa tra l'azione di molestia e l'azione di garantia, è di natura tale da porre questa in condizione subordinata a quella, così il titolo della prevenzione non vale più per determinare la competenza: e l'azione di molestia, anche se iniziata dopo, avrà la forza di attrarre al proprio foro la questione di garantia già pendente ad altro tribunale (11). Cosicchè la declinatoria del foro non potrà esser proposta dal garantito *B* convenuto dal creditore *A*, sibbene dal garantito *B* attore nella causa contro il debitore *C* (12).

---

(11) Piola, *Competenza civile* (*Dig. it.*, VII, 3.ª), n. 170.

(12) Secondo il Galluppi (op. cit., n. 198-199) non può mai la causa principale aver la forza di attrarre la causa subordinata, quando questa si è iniziata prima di quella. Cosicchè nel caso in esame la questione di garantia iniziata avanti dovrebbe, per l'art. 104 Cod. proc. civ., attrarre al proprio foro la questione di molestia, e non, per l'art. 100, viceversa. Tale opinione del Galluppi, contraria alla opinione prevalente nella dottrina francese (Carré, op. cit., quest. 726; Ioccoton, op. cit., n. 49, ecc.), non mi pare accettabile, perchè l'art. 104

105. — Ho già, nel precedente capitolo, detto espressamente che non si deve confondere l'attribuzione dell'azione di molestia e dell'azione di garantia a uno stesso foro (*idem judex*) coll'unione delle due cause in uno stesso procedimento (*simultaneus processus*). Come vedremo in seguito, l'unione delle due cause è possibile soltanto quando l'azione in garantia sia stata proposta con certe forme ed entro un termine stabilito e quando sia in istato d'essere giudicata contemporaneamente coll'azione di molestia: ora, se per una qualunque di queste ragioni, l'unione delle due cause non è possibile, non per questo cessa la competenza speciale stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ., consigliata sempre dall'opportunità di sottoporre ambedue le questioni a un *idem judex*, anche se non è possibile il *simultaneus processus*.

Non potrebbe quindi il giudice, nel provvedimento col quale separa la causa di garantia dalla causa di molestia, riservarsi la decisione di questa e rinviar la decisione di quella al giudice competente per territorio (13); sia che l'azione di garantia, proposta in via incidentale nella causa di molestia, venga in seguito separata e giudicata con distinto procedimento dinanzi allo stesso giudice investito dell'azione di molestia, sia che il garantito, durante la pendenza dell'azione di molestia, proponga l'azione in garantia subito in via principale, iniziando un giudizio autonomo allo stesso foro investito dell'azione di molestia, nell'un caso e nell'altro si avranno dinanzi allo stesso giudice due cause separate, tutt'e due principali, per le quali, se il caso si presenterà, sarà dato ricorrere a quella unione di procedimento che è regolata dall'art. 31 R.D., 31 agosto 1901 (14).

106. — Ma potrà accadere che, essendo stata l'azione di garantia fatta valere in separato giudizio dinanzi allo stesso foro ov'era pen-

---

pone una regola generale che è applicabile solo quando non siano poste regole particolari prevalenti; e perchè la disposizione dell'art. 100, se fosse posta solo per i casi in cui l'azione di garantia è proposta *dopo* l'azione di molestia, sarebbe una superflua ripetizione della regola generale contenuta nell'art. 104.

(13) MATTIROLO, op. cit., III, n. 797; MANCINI, nel *Comm. al Cod. proc. civ. Sardo*, II, 507; GALLUPPI, op. cit., n. 83 già citato. Giurisprudenza costante: Cass. Palermo, 30 gennaio 1866, *Legge*, 1866, 1, 419; Cass. Torino, 25 marzo 1868, *Annali*, 1868, 1, 1, 254; Cass. Roma, 25 marzo 1878, *Legge*, 1878, 1, 547; Cass. Torino, 26 aprile 1889, *Giur. tor.*, 1889, 353; id., 17 dicembre 1895, *Giur. it.*, 1896, 1, 116, e nota. L'art. 184 Cod. proc. civ. Francese dice espressamente che la disgiunzione delle due cause non esonera il giudice dal decidere anche l'azione di garantia, se è il caso (« ... sauf, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s'il y echet »). V. DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 453; DE PAEPE, op. cit., n. 11.

(14) Cass. Roma, 29 maggio 1890, *Legge*, 1890, 2, 219.

dente la causa di molestia, questa causa di molestia venga ad ultimarsi mediante sentenza mentre tuttora pende il giudizio sull'azione di garantia. Risorgerà in questo caso, finita la causa di molestia, la competenza ordinaria per la questione di garantia? No certamente, perchè, legittimamente introdotta al foro di connessione l'azione di garantia durante la pendenza della causa di molestia, la competenza resta ivi radicata, per il principio: « *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* » (15).

107. — Il giudice investito dell'azione di molestia non solo diventa competente, *ratione connexitatis*, a giudicare l'azione di garantia, ma diventa competente a giudicare tutte quelle questioni ad essa connesse, le quali è opportuno, per l'economia dei giudizî e per la concordia dei giudicati, sottoporre allo stesso giudice che decide l'azione di garantia (16).

L'azione di garantia, se è di fronte all'azione di molestia in un rapporto di subordinazione, si può concepire, di fronte ad altre azioni, come un'azione autonoma e principale, che ha la virtù di attrarre al proprio foro le azioni ad essa subordinate. Quindi deriva che il giudice competente a decidere l'azione di garantia diventerà competente, per ragion di connessione, a decidere sulla compensazione o sull'azione in riconvenzione (purchè dipendente dal titolo dedotto in giudizio dal garantito, o dal titolo che già apparteneva alla causa di garantia come mezzo di eccezione: art. 100 Cod. proc. civ.), proposte dal garante contro il garantito, e parimente a decidere sull'azione di garantia proposta dal garante contro il subgarante, di fronte alla quale la prima azione in garantia del garantito contro il garante ha il carattere di un'azione di molestia; lo stesso si deve dire per tutte quelle azioni che, di fronte all'azione di garantia, rivestono un carattere di subordinazione o di accessorietà, per il quale son necessariamente sottoposte allo stesso foro dell'azione principale o subordinante; e per tutte quelle azioni proposte dal garante che rivestono tale carattere di fronte all'azione di molestia (per es. l'azione in riconvenzione che il garante, come vedremo in seguito, ha diritto di proporre contro il terzo molestante) (17).

---

(15) Piola, *Comp. civ.*, n. 170 cit. App. Genova, 23 dicembre 1882, *Eco di Giur. civ. di Genova*, 1883, 72: « Onde sia luogo alla competenza stabilita dall'art. 100, occorre che al momento nel quale è promossa l'azione in garantia penda già la causa principale, non già che la causa principale debba perdurare sempre, per conservare al Tribunale competenza a conoscere anche la causa accessoria di garantia ». V. Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 387.

(16) De Paepe, op. cit., n. 25.

(17) Cass. Torino, 17 dicembre 1895, *Giur. it.*, 1896, 1, 116, con nota.

Ugual principio vale per quelle azioni, che, senza essere accessorie o subordinate all'azione di garantia, sono ad essa connesse per la comunanza di qualche elemento e stanno di fronte ad essa in rapporto di coordinazione (18). Quando tali azioni sono proposte *dopo* l'azione di garantia, è evidente che, applicando il principio della prevenzione, esse dovranno esser portate dinanzi al giudice competente per l'azione di garantia, iniziata prima. Ma si potrà adottare la stessa soluzione quando si tratti di azioni semplicemente connesse, proposte *prima* della proposizione dell'azione di garantia?

Si ricorra anche qui a un caso pratico. *A* propone contro *B* una azione in rivendicazione di un fondo; *B* chiama in garantia il venditore *C*. Se, dopo la proposizione dell'azione di garantia di *B* contro *C*, *C* promuove contro *B*, dinanzi a un diverso giudice, un'azione per ottenere il pagamento del prezzo di vendita che *B* ancora non gli ha pagato, è evidente che questa azione, connessa all'azione di garantia, dovrà essere rinviata, per il titolo di prevenzione, di fronte al giudice che decide l'azione di molestia e l'azione di garantia. Ma se, al contrario, l'azione di *C* contro *B* per ottenere il pagamento del prezzo di vendita era già pendente prima che fosse proposta l'azione di molestia di *A* contro *B* e la conseguente azione di garantia di *B* contro *C*, come dovrà in questo caso esser regolata la competenza? L'azione di garantia dovrà esser proposta, in virtù dell'art. 100 Cod. proc. civ., al foro competente per l'azione di molestia, o dovrà essere attratta, in virtù dell'art. 104 Cod. proc. civ., al foro competente per l'azione connessa preventivamente iniziata? Con-

---

(18) GALLUPPI, op. cit., n. 84. App. Genova, 26 giugno 1893, *Temi gen.*, 1893, 49, nella fattispecie seguente: « Se l'acquirente di una partita di merce la rivende ad un terzo ed evocato da costui in giudizio per rispondere della cattiva qualità di essa, chiama in garantia il suo venditore, non può quest'ultimo istituire un nuovo giudizio dinanzi diverso giudice per conseguire il saldo del prezzo ancora a lui dovuto, ma per ragione di connessità devesi ritenere competente a conoscere di una tale domanda quello stesso magistrato dinanzi il quale fu proposta l'azione di garantia ». App. Torino, 31 dicembre 1897, *Giur. tor.*, 1898, 692; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 212.

Rientrano in questa categoria quelle questioni connesse, che, in tema di garantia formale, si possono verificare nelle varie ipotesi contemplate dall'articolo 198 Cod. proc. civ. Se il garantito, assistente alla causa, propone alcuna istanza per la conservazione dei suoi diritti, o il terzo molestante chiede al garantito l'adempimento di personali obbligazioni, le questioni nascenti saranno *ratione connexitatis* sottoposte allo stesso giudice dell'azione di molestia. Tali controversie, dice il MORTARA (*Comm.*, II, n. 233, nota) « non si possono considerare *contenute* in quella che forma oggetto della contesa fra l'attore e il garante, ma vi sono *connesse* per l'identità del titolo e per la naturale filiazione dalla medesima originaria domanda ».

siderando che, secondo le cose già dette, il vincolo che unisce l'azione di garantia all'azione di molestia è assai più intimo di quello che unisce l'azione di garantia con qualunque altra azione semplicemente connessa, ritengo che la subordinazione debba prevalere sulla prevenzione e che quindi dell'azione di garantia debba essere investito il giudice competente per l'azione di molestia, nonostante che già un altro giudice fosse investito di una questione connessa colla questione di garantia; dimodochè, se si dovrà regolare la competenza, la causa connessa coll'azione di garantia sarà attratta, nonostante che sia stata preventivamente iniziata, al foro ove l'azione di garantia deve essere introdotta per la sua subordinazione all'azione di molestia.

Per ragione di connessione, il giudice competente per l'azione di molestia e per l'azione di garantia diventa competente a decidere sulle domande che il terzo molestante propone contro il garante, quando sono connesse colla causa di molestia (19).

108. — Se la regola stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ., deve prevalere sugli altri casi di connessione, come la competenza dovrà essere regolata nel caso di litispendenza? Supponiamo, cioè, che, proposta dal garantito l'azione di garantia dinanzi al giudice investito dell'azione di molestia, il garante eccepisca che della stessa questione di garantia è già stato investito un altro giudice; tale possibilità si verifica tutte le volte che il garante, prima della proposizione dell'azione di garantia, abbia già promosso contro il garantito un'azione (per es. un'azione di semplice accertamento) volta a far dichiarare dal giudice che egli non è tenuto a prestar garantia, azione che, avendo gli stessi elementi dell'azione di garantia, costituisce di fronte a questa il caso tipico di litispendenza. In questo e in casi simili prevarrà la nota regola dell'art. 100 Cod. proc. civ., o si applicherà la disposizione dell'art. 104 Cod. proc. civ., secondo la quale « quando una *stessa* causa sia stata promossa davanti due autorità giudiziarie

---

(19) Sui casi nei quali la controparte principale può proporre direttamente domande contro il garante, v. avanti, n. 202. Il De Paepe (op. cit., n. 27) riferisce questo caso caratteristico, deciso dalla Corte d'Appello di Gand: *A* inizia contro *B* azione in rivendicazione di un fondo, e *B* chiama in garantia *C*, che, assumendo la causa, eccepisce in favor di *B* la prescrizione decennale (art. 2137 Cod. civ.), cosicchè l'azione di *A* contro *B* cade; in tal caso *A* conclude direttamente contro il garante *C* chiedendogli la restituzione del prezzo del fondo illecitamente venduto. Di questa domanda, connessa evidentemente colla domanda primitiva, resta competente a conoscere, *ratione connexitatis*, il giudice adito per l'azione rivendicatoria. V. Galluppi, op. cit, n. 86, che riporta quasi testualmente il De Paepe.

ugualmente competenti... essa deve decidersi da quella davanti cui è stata promossa preventivamente »?

Non mi resulta che il caso si sia mai presentato in Italia; ma in Francia la giurisprudenza ha avuto occasione di decidere (20) che, prima di essere stato chiamato in garantia, il garante è interamente libero di valersi della competenza ordinaria e che, se egli investe un tribunale competente di una azione volta a escludere il suo obbligo di garantia, ha poi diritto di chiedere il rinvio dinanzi a questo tribunale, per litispendenza dell'azione di garantia ulteriormente diretta contro di lui dinanzi ai giudici investiti dell'azione di molestia; simile decisione è lodata dal De Paepe, secondo il quale la competenza che si fonda sulla identità delle azioni (litispendenza), deve prevalere su quella basata sulla subordinazione di un'azione all'altra, talchè il giudice competente per l'azione di molestia è competente a giudicare anche l'azione di garantia solo nel caso in cui questa azione non sia già, sotto altra forma, sottoposta a un altro foro (21).

Lungi da noi il negare che la competenza per litispendenza abbia il suo fondamento su necessità più imperiose di quelle che giustificano la competenza per semplice connessione, per il che il Mortara, che riconosce in questa un carattere *personale,* vede in quella un carattere *materiale* (22). Tuttavia vien fatto di considerare che la soluzione sopra esposta non solo renderebbe praticamente nulla la regola dell'art. 100 Cod. proc. civ., giacchè sarebbe sempre facile al garante, per mantenere il proprio giudice naturale, prevenire la chiamata in garantia con una azione sostanzialmente identica contro il garantito, ma verrebbe a contraddire alla regola, secondo la quale l'azione di molestia durante la sua pendenza ha la forza di attrarre dinanzi al proprio foro non solo l'azione di garantia iniziata dopo, ma anche l'azione di garantia iniziata prima (dietro, n. 104), senza che in questo caso si possa applicare il criterio della prevenzione. Ora, nella ipotesi di una questione relativa all'obbligo di garantia già sorta tra garantito e garante prima della chiamata in garantia, si possono verificare due casi:

1) che tale questione sia sorta prima della proposizione della azione di molestia;

2) che tale questione sia sorta dopo la proposizione della azione di molestia, ma prima della proposizione della chiamata in garantia.

---

(20) C. Douai, 26 dicembre 1876, *D. P.*, 1878, II, 46; v. De Paepe, op. cit., n. 29.

(21) Op. cit., n. 29.

(22) *Comm.*, II, nn. 203-204, 228.

Nell'un caso e nell'altro la causa vertente in precedenza intorno all'obbligo di garantia (nell'esempio posto, un'azione di accertamento negativo proposta dal garante contro il garantito) si identifica nella sostanza colla causa che sorgerebbe ove il garantito chiamasse in garantia il garante, poichè in quella lite il dibattito si aggira intorno allo stesso punto sul quale si sarebbe aggirato in questa, vale a dire *sull'esistenza dell'obbligo di garantia nel preteso garante;* posto dunque che la causa vertente in precedenza è identica alla causa che nascerebbe ove il garantito agisse in garantia (se così non fosse, non si avrebbe litispendenza), bisogna ricordare che, secondo l'art. 100 Cod. proc. civ., il giudice che deve decidere sull'esistenza dell'obbligo di garantia nel preteso garante è il giudice davanti al quale pende l'azione di molestia, qualunque sia la causa che ha provocato la necessità di un giudizio nell'esistenza di tale obbligo. Cosicchè se la lite sorta tra garante e garantito si è iniziata prima della proposizione della azione di molestia, essa sarà attratta *ratione connexitatis* dinanzi al foro competente per l'azione di molestia, quando questa sarà proposta; se invece la lite suddetta si inizierà dopo la proposizione dell'azione di molestia, di essa dovrà fin da principio essere investito il giudice competente per la causa principale. Consegue da questo che, ove il garante, chiamato in garantia dinanzi al giudice investito dell'azione di molestia, eccepisce la pendenza di una lite tra lui e il garantito sull'obbligo di garantia, bisognerebbe, anzichè rinviare la cognizione dell'azione di garantia al magistrato investito di quella lite, richiamar quella lite, subordinata alla questione di molestia, dinanzi al giudice investito di tale questione; si verrebbe così a raggiungere il duplice vantaggio di riunire la lite pendente sull'obbligo di garantia colla lite di chiamata in garantia (scopo a cui mira la competenza per litispendenza), e di sottoporre questa controversia così unificata al giudice competente per l'azione di molestia (scopo a cui mira la competenza per connessione). Si capisce che tale soluzione non sarebbe possibile quando nella lite sull'obbligo di garantia fosse già chiuso il dibattito al momento della chiamata in garantia: in questo caso l'azione di garantia dovrebbe esser rinviata dinanzi al giudice ove l'altra lite fosse pendente, allo scopo di evitare la disparità dei giudicati.

109. — Ho detto che la disposizione dell'art. 100 Cod. proc. civ. costituisce una deroga alla competenza per territorio, e che quindi non si può sfuggire ad essa per ragione di diversità di domicilio. Ma quale sarà l'efficacia di tale regola di fronte ai cittadini di Stati stranieri? Potrà, in altre parole, esser chiamato in garantia uno straniero dinanzi ai giudici italiani?

La dottrina e la giurisprudenza francese, in forza dell'art. 14 del Codice Napoleone, mentre negano che un Francese possa esser chiamato in garantia dinanzi a un tribunale straniero, ammettono che uno straniero possa in tutti i casi esser chiamato in garantia dinanzi a un tribunale francese (23). Sotto l'impero del Codice Sardo, riteneva il PISANELLI (24) che l'utilità di spedire dinanzi ad un solo magistrato due controversie che si trovano sottoposte a diversi tribunali di un medesimo Stato, non può riconoscersi ugualmente allorchè si immagini che una delle controversie penda dinanzi ai tribunali del Regno ed un'altra presso giudici stranieri; e tale avviso era confermato dalla giurisprudenza (25).

Nel nostro diritto bisogna tenere ben distinto il concetto di *giurisdizione* da quello di *competenza* (26). Per regola generale i nostri giudici non hanno giurisdizione sugli stranieri; i casi nei quali tale giurisdizione si verifica sono quelli contemplati dagli artt. 105-106 Cod. proc. civ.:

Art. 105. — « *Lo straniero che non ha residenza nel regno può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno ancorchè non vi si trovi*:

1) *se si tratti di azioni su beni immobili o beni mobili esistenti nel regno;*

2) *se si tratti di obbligazioni che abbiano origine da contratti o fatti seguìti nel regno o che debbano avere esecuzione nel regno;*

3) *in tutti gli altri casi in cui possa ciò farsi per reciprocità* ».

Art. 106. — « *Oltre i casi indicati nell'articolo precedente, lo straniero può esser convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno per obbligazioni contratte in paese estero*:

1) *se abbia residenza nel regno, ancorchè non vi si trovi attualmente;*

2) *se si trovi nel regno, quantunque non vi abbia residenza, purchè sia citato in persona propria* ».

---

(23) GARSONNET, op. cit., § 475. Contraria nell'ultima parte era l'opinione di RODIER sotto l'impero dell'Ordinanza. V. CARRÉ, op. cit., quest. 269. Nell'antica pratica francese pare che la chiamata in garantia di uno straniero fosse ammessa, come si desume da MASUERII, *Practica forensis*, citata, ov'è detto (*Tr. de dilationibus*, n. 19) che « *garandus admittitur ad suscipiendam garantiam sive sit clericus, sive potentior, sive* ALIENIGENA ».

(24) *Comm. Cod. proc. civ. Sardo*, vol. I: DCCCXVIII (pag. 746) per la connessione in generale, e DCCCXXXVIII (pag. 757) per la chiamata in garantia in particolare.

(25) Corte di Chambery, 29 aprile 1850, *Bettini*, 1850, II, 479; Consiglio di Intendenza di Genova, 11 aprile 1851, *ibidem*, 1851, III, 3.

(26) MATTIROLO, op. cit., I, n. 971 e segg.

Quando si tratta di citare, per qualunque azione, uno straniero dinanzi ai giudici italiani, bisognerà anzitutto vedere se esiste in essi giurisdizione per decidere una tal controversia; e solo quando, in base ai citati artt. 105 e 106, si sarà visto che tal giurisdizione si verifica, si potrà applicare le altre norme che valgono a determinare la competenza, a scegliere cioè, tra le varie autorità giudiziarie del regno, quella competente assolutamente e relativamente per la decisione della lite. Così non si potrà parlare di competenza per connessione, finchè il verificarsi di qualcuno dei casi contemplati dagli artt. 105 e 106 Cod. proc. civ. non abbia attribuita ai magistrati italiani la giurisdizione.

È quindi erronea l'opinione di chi crede (27) che l'art. 100 si applica di fronte agli stranieri anche all'infuori dell'applicazione degli artt. 105 e 106: la verità è che si può parlare di deroghe alla competenza ordinaria per connessione di lite solamente quando (28) concorre la competenza di più magistrati italiani intorno ad azioni tra loro connesse; se tal presupposto non si verifica, la connessione non può avere di per sè sola la forza di attrarre dinanzi ai tribunali italiani persone che sono sottratte alla loro giurisdizione (29).

Per decidere adunque se si può chiamare in garantia uno straniero in Italia, bisogna esaminare se l'azione di garantia rientra in una delle ipotesi fatte dagli artt. 105 e 106, nel qual caso, in base all'art. 100, si potrà proporla per regola di connessione a quello fra i tribunali italiani che è competente a decidere la questione principale. Praticamente è facile vedere che può benissimo in alcuni

---

(27) Caberlotto, op. cit., n. 51, in fine; Piola, *Chiamata in garantia*, pag. 42, col. II. Nello stesso errore cade la sentenza App. Ancona, 13 febbraio 1886, *Foro it.*, 1886, 96, stabilendo che: « per decidere in quali casi lo straniero possa essere convenuto dinanzi ai Tribunali del regno, non è da attendersi ai soli artt. 105 e 106, ma ben anche all'art. 100 Cod. proc. civ. Questo articolo in termini perentorî e generali stabilisce che l'autorità giudiziaria davanti cui pende la causa principale sia competente a conoscere dell'azione in garantia. Ora, a questo precetto sì generale ed anche sì razionale, è assurdo (?!) supporre che il legislatore abbia voluto derogare in grazia della qualità di straniero ».

(28) Mortara, *Comm.*, II, n. 247.

(29) V. in questo senso Elena, *Dei diritti della persona straniera secondo la legge italiana* (*Arch. giur.*, vol. LIX), n. 201, secondo il quale, all'infuori dei casi previsti dagli artt. 105-106 Cod. proc. civ., non può uno straniero esser chiamato in garantia dinanzi ai Tribunali italiani: 1.° per un motivo di diritto internazionale; 2.° per non andar contro la lettera della nostra legge processuale, la quale, se avesse voluto permettere la chiamata in garantia dello straniero, avrebbe dettato norme per un atto così importante e complicato. V. in questo senso, App. Genova, 27 marzo 1909, *Temi gen.*, 1909, 271; Trib. Roma, 30 marzo 1910, *Riv. Univ. di giur. e dott.*, 1910, 470; Trib. Milano, 21 aprile 1911, *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 985, con nota favorevole del Cobianchi.

casi l'azione in garantia avere origine da contratti e fatti eseguiti nel regno (art. 105 n. 2) (30), o rientrare nella legge di reciprocità, quando il preteso garante appartenga a uno Stato che ammetta in favore dei suoi cittadini la chiamata in garantia degli stranieri (31); e così per gli altri casi contemplati dall'art. 106. In tutti questi casi la chiamata in garantia potrà essere esercitata anche contro lo straniero al foro competente per l'azione di molestia (32).

§ 2. — *In quali casi il garante possa sottrarsi alla regola dell'art. 100 Cod. proc. civ.*

110. — La regola contenuta nell'art. 100 Cod. proc. civ., non vuol significare che il garante, se vuol prestare la difesa processuale, deve prestarla dinanzi al foro ormai investito dell'azione di molestia; poichè tale principio, già chiaramente affermato nel diritto romano, deriva naturalmente dall'indole dell'intervento adesivo: l'art. 100 Cod. proc. civ., stabilisce invece in relazione all'azione di garantia una deroga alla competenza, in virtù della quale, ove il chiamato in garantia neghi di esser tenuto a prestar la difesa, non potrà far rinviare la decisione di tal questione dinanzi al suo foro territoriale, ma dovrà sottoporsi alla decisione del giudice già investito dell'azione di molestia. Se il garante, solo col negare l'obbligo del quale il garantito gli chiede la esecuzione, potesse farsi rinviare dinanzi ai proprî giudici naturali, la regola dell'art. 100 verrebbe quasi

---

(30) Scrive il MORTARA (*Comm.*, II, n. 247) che « nei casi di garantia per azione reale... la competenza del magistrato italiano contro lo straniero chiamato in garantia avrà fondamento nella regola del n. 1 dell'art. 105, se si tratta di beni esistenti nel territorio nazionale ». Ma mi par dubbio che l'azione di garantia si possa considerare come una di quelle *azioni su beni immobili* o *su beni mobili* che l'art. 105, n. 1, considera.

(31) Oltre che per l'art. 14 Cod. Napoleone e per l'art. 127 del Cod. proc. Olandese, che permettono in ogni caso al cittadino di citare dinanzi ai giudici patrî lo straniero, tale reciprocità si verificherebbe anche per la Legge Belga del 1876, la quale all'art. 52, n. 9, dichiara espressamente che lo straniero può essere evocato dinanzi ai Tribunali dello Stato « per le istanze in garantia e le azioni in riconvenzione connesse a un'azione principale pendente innanzi ai Tribunali dello Stato ».

(32) È stato giudicato in materia che « l'azione di garantia è regolata dalle leggi italiane, se proposta da un italiano contro un francese davanti le magistrature italiane » (App. Palermo, 27 giugno 1904, *Foro sic.*, 1904, 45); e che « lo straniero evocato in causa avanti l'autorità giudiziaria italiana da un nazionale non può chiamare in rilievo nello stesso giudizio un altro straniero, a meno che non si versi in tema di azione reale » (App. Genova, 20 marzo 1909, *Temi gen.*, 1909, 271).

sempre ad essere praticamente elusa; ond'è che alcuni Codici, sull'esempio dell'Ordinanza francese del 1667, hanno sentito il bisogno di dire esplicitamente che il chiamato in garantia è obbligato a sottostare al foro investito dell'azione di molestia, *quantunque egli neghi di aver qualità di garante* (33). Deriva da ciò che il chiamato in garantia, non può, per regola generale, opporre eccezioni di incompetenza *territoriale* per ragione del suo domicilio (34); vedremo nei numeri seguenti come possa opporre questa eccezione solamente quando si verificano speciali circostanze.

111. — L'istituto della chiamata in garantia dà al garantito l'innegabile vantaggio di poter trarre il garante al proprio foro invece di doverlo perseguire dinanzi al foro a lui naturale per ragione di domicilio; cosicchè non è difficile che qualcuno, per approfittare di questo vantaggio di competenza, simuli colla connivenza della controparte una lite principale (questione di molestia) per aver modo di chiamarvi un terzo preteso garante. Per esempio: *B*, domiciliato a Roma ha comprato un oggetto da *C*, domiciliato a Firenze; volendo poi, per qualunque ragione, fare annullare il contratto, gli è gravoso dover muovere lite a Firenze, dinanzi al foro territoriale di *C*. Allora simula di aver rivenduto lo stesso oggetto ad *A*, e da lui si fa citare dinanzi ai giudici di Roma per annullare il contratto: in questa simulata lite principale egli chiama in garantia *C*, il quale così, per tale raggiro fraudolento, viene distratto dai proprî giudici naturali (35).

---

(33) Ordinanza del 1667, tit. VIII, art. 8; Cod. Francese, art. 181; Cod. Olandese, art. 74; Cod. Sardo, art. 259; Cod. Parmense, art. 226; Cod. Napoletano, art. 275. Nel Cod. Italiano non è stata ripetuta questa formula, giudicata inutile.

(34) Lo dice esplicitamente l'art. 328, § unico, del Cod. Portoghese, e lo diceva l'art. 235 del Reg. Toscano, così concepito: « il reo convenuto in rilevazione non potrà mai opporre la eccezione della incompetenza ».

(35) Questo, che è l'esempio portato dal MATTIROLO (op. cit., III, n. 796), è diverso dall'esempio portato per la prima volta dal RODIER nel suo Commento all'Ordinanza e ripetuto poi da tutti i commentatori francesi (v. GARSONNET, II, § 473, nota 1); l'esempio dei proceduristi francesi è in sostanza questo: *B*, domiciliato a Firenze, acquista da *C*, domiciliato a Firenze, un credito contro *A*, domiciliato a Roma; *A*, convenuto in giudizio a Roma, nega di esser debitore; allora *B*, invece di chiamare in garantia *C* al Tribunale di Roma, inizia contro *C* un'azione in via principale al foro di Firenze: e *C*, convenuto, chiama in garantia *A* dinanzi al Tribunale di Firenze, distraendolo così dai suoi giudici naturali.

Giustamente il PESCATORE (op. cit., I, pag. 234 e segg.) rileva che l'esempio non è appropriato, perchè, nel rapporto suesposto, il vero garante non è *A*, debitore, ma *C*, cedente, di fronte a *B*, cessionario; cosicchè *A* in qualunque caso non avrà ad occuparsi altrimenti della sincerità della cessione o dell'intento do-

In questo ed in casi simili di fraudolenta distrazione di foro ai danni del preteso garante il Cod. proc. civ. francese all'art. 181, sull'esempio dell'Ordinanza del 1667, stabilisce che se appare per iscritto o per l'evidenza del fatto che la domanda originaria (azione di molestia) è stata proposta al solo scopo di tradurre il preteso garante fuori del suo tribunale, egli vi sarà rinviato. Questa disposizione, che giustamente tende a reprimer le frodi e che fu ripetuta da moltissimi Codici negli stessi termini (36), non si trova nel nostro vigente Codice; ma si deve per questo ritenere che il silenzio della legge impedisca di applicare la regola suddetta?

Il MANCINI (37), commentando la analoga disposizione dell'art. 259 del Codice Sardo, faceva rilevare che l'eccezione in esso articolo stabilita a imitazione dell'art. 181 francese, non veniva effettivamente a togliere al giudice competente per l'azione principale la competenza per l'azione in garantia, imperocchè lasciava a questo giudice la facoltà di esaminarne il merito per appurar la frode, cosicchè il rinvio non era in fondo che una reiezione del merito della domanda del garantito. Ha ora il patrio legislatore voluto abolire la norma così criticata dal MANCINI, oppure ha solamente inteso di tacerla come superflua, poichè il suo contenuto si rileva dai principî generali che colpiscono la frode?

Per questa seconda soluzione sta la maggioranza degli interpreti, i quali ritengono che anche senza espressa menzione della legge, quando si possa provare che la chiamata in garantia è stata fatta al solo scopo di distrarre il garante dai suoi giudici naturali, tale chiamata dev'essere respinta, rinviandosi il garante davanti al proprio foro (38). Ma qualcuno opina (39) che il patrio legislatore « abbia preferito tollerare la possibilità che uno sia artificiosamente sottratto ai suoi giudici naturali, come minor male di fronte a quello della complicazione dell'indagine di merito con una di competenza » (40).

---

loso del giudizio che altrove sorga fra il cedente e il cessionario; egli attenderà tranquillamente l'uno o l'altro od entrambi al suo proprio domicilio.

(36) Cod. Sardo, art. 259; Cod. Parmense, art. 226; Reg. Toscano, art. 236; Cod. Napoletano, art. 275; Cod. Olandese.

(37) *Comm. al Cod. proc. Sardo*, II, DCCXXXI, pag. 506-507.

(38) MATTIROLO, op. cit., III, n. 796; BORSARI, op. cit., art. 195, quest. *a*; CASTELLARI, op. cit., pag. 517; CUZZERI, op. cit., art. 195; Cass. Roma, 21 aprile 1888, *Mon. trib.*, 1888, 614.

(39) COVIELLO, Nota citata, nel *Foro it.*, 1907, I, 718.

(40) Fu disputato dai commentatori dell'Ordinanza se, in caso di evidente frode, il rinvio del garante dinanzi ai suoi giudici naturali potesse essere pronunciato d'ufficio dal giudice (opinione del JOUSSE) o dovesse esser richiesto dal garante stesso (opinione del RODIER e del SERPILLON); questa opinione pare più accet-

Giova però avvertire che la disposizione dell'art. 181 Cod. proc. civ. francese, in virtù della quale il preteso garante può opporre, nel caso in esame, l'eccezione di incompetenza per territorio, viene ad aprirgli una via più sbrigativa per sventare i fraudolenti raggiri di chi lo chiama in garantia: infatti l'eccezione di incompetenza vien decisa preliminarmente, con un procedimento più rapido (art. 172 Cod. proc. civ. francese), nel quale il giudice si limita a delibare sommariamente il merito della azione; mentre, se non fosse aperta la via dell'eccezione pregiudiziale e la frode del sedicente garantito potesse essere eccepita soltanto nel giudizio di merito per far respingere l'azione di garantia, il preteso garante dovrebbe sopportare il carico di tutto il giudizio e non potrebbe esser liberato dalle pretese avversarie prima della sentenza definitiva. Adunque, quando l'azione in garantia ha uno scopo palesemente doloso, il chiamato in garantia, invece di discutere in merito per farsi assolvere dalla domanda, ha il mezzo più spiccio di eccepir l'incompetenza per farsi esonerare dall'osservanza del giudizio: vantaggio che più non ha grande importanza nel vigente rito sommario italiano, per il quale anche l'eccezione d'incompetenza può esser decisa unitamente al merito.

112. — Abbiamo visto (dietro, n. 110) che il chiamato in garantia non può, per regola generale, eccepire l'incompetenza territoriale per ragione del *suo* domicilio, in relazione all'azione di garantia. Ma potrà il chiamato in garantia sollevare la stessa eccezione per ragione del domicilio del garantito, in relazione all'azione di molestia? Poniamo che l'azione di molestia, anzichè introdotta dinanzi al giudice naturale, determinato dal domicilio del garantito (o, in certi casi, dalla speciale natura dell'azione), sia stata introdotta dinanzi a un foro diverso, determinato elettivamente per accordo dell'attore col garantito o, quanto meno, accettato da questo tacitamente col non opporre eccezione d'incompetenza *in limine litis;* potrà il garante sollevare la stessa eccezione d'incompetenza, sostenendo che di fronte a lui la rinuncia tacita o espressa del garantito alla competenza normale non può aver efficacia?

Rispondono affermativamente alcuni scrittori francesi (41), sostenendo che, essendovi in simili casi una frode evidente per distrarre il garante dai suoi giudici naturali, egli ha diritto, per disposizione

---

tabile, trattandosi di competenza relativa alla quale il garante può, se voglia, rinunciare. V. Carré, op. cit., quest. 774; De Paepe, op. cit., n. 54.

(41) Pigeau, *Traité de la proc. civ.*, 1840, I, pag. 109, n. 3; Carré, op. cit., quest. 772, nota.

di legge (art. 181 Cod. proc. civ. francese; v. n. precedente) di sottrarsi alla frode. Evidentemente, in tutti i casi in cui la frode si possa provare, al garante spetta la eccezione di incompetenza, « non come eccezione diretta, ma come conseguenza della eccezione derivante a personale favore di lui dal fatto doloso delle altre parti » (42); ma il problema ch'io mi pongo prescinde dal caso specifico di frode, indagando invece se, nel caso normale di rinuncia espressa o tacita alla competenza ordinaria, fatta in buona fede dal garantito, debba il garante sottostare al foro accettato dal garantito stesso.

Secondo la maggioranza degli autori, poichè la legge attribuisce la cognizione dell'azione di garantia all'autorità giudiziaria *davanti cui pende la causa principale* (e non a quella *davanti alla quale avrebbe dovuto essere intentata*), il garante non può indagare se l'autorità giudiziaria adita per l'azione di molestia è divenuta competente per disposizione di legge o per convenzione delle parti; quando si tratta di competenza territoriale, il consenso delle parti vale a stabilire in modo legittimo la competenza; e, se in modo legittimo è stabilita la competenza per l'azione di molestia, il garante deve inchinarsi dinanzi al fatto compiuto e accettare il foro ormai definitivamente competente. Se il garante volesse eccepire, nel caso in esame, l'eccezione di incompetenza, non potrebbe — si dice — farlo *ex iuribus* del garantito, perchè, avendo questi rinunciato a proporre tale eccezione, non esiste più il presupposto per l'esercizio di una ragione processuale *ex iuribus* di lui; non potrebbe farlo *iure proprio*, perchè, essendo l'adizione del foro pienamente legittima per il consenso del garantito, non esistono più per elevare l'eccezione di illegittimità gli estremi mediante i quali potrebbe essere stabilita (43). Un argomento in questo medesimo senso dovrebbe, secondo alcuni, rilevarsi dalla disposizione contenuta nell'art. 195 Cod. proc. civ., secondo cui la declinatoria del foro dev'essere proposta prima della chiamata in garantia: se le eccezioni di incompetenza territoriale devono essere proposte prima della chiamata in garantia, è chiaro, argomenta il Ricci (44), che il garantito quando compare in un giudizio

---

(42) Mortara (*Comm.*, II, n. 224), il quale si pone il problema analogo nel caso in cui, avendo il convenuto rinunciato a opporre la eccezione di incompetenza, voglia opporla il litisconsorte, citato nello stesso giudizio.

(43) Mortara, loc. cit.; App. Milano, 14 dicembre 1910, *Temi lomb.*, 1910, 261. V. anche Chauveau in Carré, quest. 774 *bis;* Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », nn. 120 e 383.

(44) *Commento al Cod. proc. civ. italiano*, I, n. 441. V. anche Cuzzeri, op. cit., art. 195; Borsari, op. cit., art. 195, n. 2.

già istruito, deve rispettare la propria posizione di parte che accede a una competenza già radicata.

Se questa è l'opinione prevalente, l'opinione contraria sembra a noi la preferibile. Facilmente si distrugge l'argomento che alcuni vogliono vedere nell'art. 195 Cod. proc. civ., la cui efficacia deve intendersi limitata a colui che vuol chiamare un terzo in garantia. In mancanza di una disposizione espressa, si disputa nella dottrina francese (45) se colui che abbia proposta una domanda di garantia conservi il diritto di eccepire in seguito la incompetenza territoriale; il nostro art. 195 viene a risolvere negativamente il dibattito, stabilendo che la proposizione della chiamata in garantia implica *per chi la propone,* rinuncia a proporre la declinatoria del foro (avanti, Cap. VII); ma nulla dispone di fronte al diritto del garante a proporre la stessa eccezione.

Eliminato questo argomento, si può d'altra parte considerare che il garante ha l'obbligo di prestar la difesa processuale colà dove l'offesa ha luogo di diritto, vale a dire colà dove l'azione di molestia deve essere introdotta per legge; se si permettesse al garantito di spostare a suo arbitrio il luogo ove il garante è tenuto a fornir la sua prestazione, l'obbligazione di garantia verrebbe ad aggravarsi enormemente. Valga a mostrare praticamente l'iniquità alla quale porta la contraria opinione, il seguente esempio: *C,* domiciliato in Sicilia, vende un immobile che si trova in Sicilia a *B,* domiciliato in Sicilia, ma residente a Milano. *C* sa, nel vendere tale immobile, che, qualunque controversia possa nascere da tale vendita, dovrà essere decisa dal foro del luogo ove si trova l'immobile, per l'art. 93 Cod. proc. civ., e prevede quindi che, qualora contro di lui venisse eventualmente mossa da *B* una azione di garantia, di questa egli dovrebbe rispondere dinanzi al foro locale, ove ogni controversia principale sull'immobile dovrebbe essere iniziata. *A,* domiciliato a Milano, intenta contro *B* un'azione in rivendicazione dell'immobile stesso; ma invece di citarlo al foro del luogo ove si trova l'immobile, lo cita a Milano; e *B,* che risiede a Milano e che preferisce di rispondere ivi ad un'azione che spetterebbe veramente ad un altro giudice, non eccepisce la incompetenza territoriale, ma chiama *C,* venditore domiciliato in Sicilia, a prestargli la garantia dinanzi allo stesso foro di Milano. Ognuno vede come gravemente verrebbero ad essere offesi gli interessi del garante, se non gli si permettesse di far rinviare, con una eccezione di incompetenza per territorio, la causa dinanzi al giudice al quale per legge deve esser sottoposta.

---

(45) V. Carré, op. cit., quest. 719.

Il DE PAEPE (46), esaminando questa questione, distingue la causa principale, ove il garante è un semplice interveniente, dalla causa di garantia; e ritiene che quando, come nel caso presente, la causa principale è stata sottoposta a un foro convenzionale diverso da quello legale, il garante ha diritto di far rinviare dinanzi al giudice naturale la questione di garantia, ma ha il dovere, se vuol fornir la difesa, di fornirla colà ove l'azione di molestia è stata iniziata. L'eccezione di incompetenza territoriale, derivante dal fatto che l'azione di molestia è stata mossa dinanzi a un foro diverso da quello legale, potrebbe dunque esser proposta dal garante contro il garantito, ma non contro l'avversario del garantito nella questione principale. Non ci sembra accettabile tale distinzione, perchè il garante che è l'autore e non l'avente causa del garantito, e che, come tale, non è rappresentato da costui, deve aver diritto, per un principio che meglio sarà spiegato in seguito (avanti, n. 200) di opporre all'avversario del garantito anche le eccezioni processuali già coperte dal garante, purchè esse non siano esclusivamente personali del garante stesso; e tra queste è anche l'eccezione di incompetenza territoriale che mira a far rinviare la domanda di molestia (e non la sola domanda di garantia, come vorrebbe il DE PAEPE) dinanzi al suo giudice naturale. Vero è che il garante che assume la difesa non può, per il principio più volte ricordato (dietro, n. 110), pretendere di fornire tal prestazione dinanzi al *suo* giudice naturale, ma può legittimamente pretendere di fornirla dinanzi al giudice naturale *del garantito,* e di far trasferire a tale scopo dinanzi a questo giudice la cognizione della questione di molestia (47).

113. — Ho già detto (dietro, n. 97) che la competenza per connessione in generale, e in particolare quella stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ. per l'azione di garantia, è una competenza di natura *personale,* costituita più per motivi di privato interesse che per imperiose ragioni di ordine pubblico. Essa è una competenza in un certo senso *necessaria,* inquantochè, se una delle parti ad essa sottoposte (nel nostro caso il garantito e il garante) vuol farla valere, l'altra non può rifiutarsi di sottostarvi; ma, da un altro punto di vista, è *volontaria,* inquantochè, se le parti si accordano nel rinunciarvi, il

(46) Op. cit., nn. 51-53.

(47) GLASSON, *Précis,* I, 728; GARSONNET, op. cit., § 948; in questo senso Cass. francese, 4 ottobre 1808 (DALLOZ, *Rép.,* v. « *Competence commerciale* », n. 455). Contro: App. Milano, 14 dicembre 1910, *Temi lomb.,* 1911, 961; DALLOZ, *Rép.,* v. « *Exceptions* », 383; Cass. francese, 3 maggio 1843 (DALLOZ, v. cit., n. 341); e 16 novembre 1881 (*D. P.,* 82, 1, 121).

giudice non può d'ufficio dichiarare la propria incompetenza, poichè, essendo la competenza per connessione posta nel presunto interesse delle parti, è giusto che esse possano rinunciarvi, quando l'interesse reale è diverso da quello presunto.

La rinuncia alla competenza per connessione è, per unanime consenso, pienamente valida; e valida è quindi la rinuncia consensuale che il garantito e il garante facciano alla regola dell'art. 100 Cod. proc. civ., portando la cognizione della questione di garantia dinanzi all'autorità giudiziaria di un foro diverso dal foro di connessione (48).

Tale rinuncia può essere *espressa* o *tacita*.

Rinuncia espressa si ha tutte le volte in cui per patto espresso il garantito e il garante convengano di sottoporre l'azione di garantia a un giudice diverso da quello indicato dall'art. 100 Cod. proc. civ.; rinuncia tacita si ha quando, iniziata da una delle parti l'azione di garantia dinanzi a un'autorità diversa da quella competente per l'azione di molestia, l'altra parte non si valga dell'eccezione di incompetenza relativa che le spetterebbe. Non si deve credere, come qualche giudicato lascerebbe falsamente supporre (49), che la competenza stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ. sia posta soltanto nell'interesse del garantito e che il garante non abbia diritto di invocarla in proprio favore; quando il garantito, nella pendenza dell'azione di molestia, inizia l'azione di garantia dinanzi al foro territoriale del garante, questi può opporre l'eccezione di incompetenza ed esigere che l'azione di garantia sia decisa dallo stesso giudice investito dell'azione di molestia; ma, se tale eccezione non opporrà, egli verrà così a rinunciare *tacitamente* alla competenza per connessione.

In tutti i casi la rinuncia alla competenza per connessione posta

---

(48) App. Firenze, 31 luglio 1897, *Annali*, 1897, II, 268; Cass. Roma, 22 giugno 1900, *Foro it.*, 1900, I, 1362; Cass. Torino, 22 maggio 1905, *Foro it.*, 1905, I, 1051; Id., 5 febbraio 1907, *Foro it.*, 1907, 708. Giurisprudenza francese più recente: Corte Algeri, 13 giugno 1900, e Corte Lione, 20 ottobre 1905, *Journal du Palais*, 1907, 2, 277; Corte Tolosa, 19 maggio 1910, *Journal du Palais*, 1911, 2, 23. V. De Paepe, op. cit., nn. 8 e 31. Il Coviello, scritto citato, così argomenta in proposito: « Considerando che, se è lecita la rinunzia alla garantia, come diritto materiale (art. 1483 Cod. civ.), deve ritenersi lecita anche la rinuncia alla chiamata in garantia come diritto processuale, non crediamo che sia da escludersi la possibilità di una rinuncia *espressa* ».

(49) Tale una sentenza della Cass. Napoli, 30 settembre 1874 (*Giorn.*, III, 1209), secondo la quale se il giudice ordina la separazione della questione di garantia dalla questione principale e il rinvio di quella al foro territoriale, il garante non può dolersene.

dalla legge per l'azione di garantia dev'essere *specifica*, non *generica;* la necessità di ciò si manifesta in relazione:

a) alla elezione di domicilio;

b) alla clausola compromissoria.

114. — *a*) Potrebbe il garante, chiamato in causa dal garantito, eccepire che, per convenzione interceduta fra lui e il garantito stesso, tutte le liti tra loro vertenti devono esser sottoposte al giudice di un domicilio preventivamente eletto? In altre parole, l'elezione di domicilio, fatta allo scopo di radicare la competenza dinanzi un certo giudice, avrà forza anche sulla competenza stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ. per l'azione di garantia? La risposta a questa domanda si darà quando si risponda a quest'altra: se l'elezione di domicilio faccia presumere la volontà nelle parti di rinunciare ai beneficî della competenza per connessione posta dalla legge per l'azione di garantia. Il Coviello, che ha di proposito esaminato tale questione, risponde negativamente. I contraenti, egli scrive, « pattuirono un determinato foro, avuto riguardo al caso normale che sorgessero controversie *direttamente* tra venditore ed acquirente, e non contemplarono punto il caso in cui questi, essendo da altri convenuto in giudizio, fosse a sua volta *costretto* a chiamarvi il garante. Trattandosi poi di rinuncia ad un beneficio di legge, la volontà deve risultare in modo certo e indubitato e, se la rinuncia può essere anche tacita, occorre l'assoluta *incompatibilità* tra il fatto che si compie e la volontà di conservare il diritto. Or non c'è nessuna incompatibilità tra la concessione di uno speciale foro giudiziale, per questioni che sorgeranno direttamente fra i contraenti, e la conservazione del diritto alla chiamata in garantia, quando la controversia sorge per riflesso di un'azione intentata da terzi » (50). La giurisprudenza è, del resto, concorde nel ritenere che l'elezione di domicilio concepita in termini generici non basta di per sè sola a derogare alla competenza per connessione di causa (51).

---

(50) Coviello, citata Nota, col 720-721. Nello stesso senso Errera, nota alla sentenza App. Bologna, 22 dicembre 1902, *Temi ven.*, 1903, pag. 164.

(51) App. Bologna, 22 dicembre 1902, *Temi ven.*, 1903, pag. 111; Id. id., pag. 164; App. Catania, 4 marzo 1902, *Riforma giud.*, 1903, pag. 456; Cass. Napoli, 18 giugno 1904, *Dir. e giur.*, XX, 504; App. Bologna, 20 ottobre 1905, *Temi ven.*, 1905, 852; App. Messina, 13 aprile 1907, *Foro it.*, 1907, 718. Anche la giurisprudenza francese esige che la rinuncia alla competenza per connessione sia chiaramente manifestata, requisito che non si trova nelle clausole generali d'attribuzione di domicilio poste su le polizze d'assicurazione (Cass., 14 novembre 1865, *D. P.*, 1866, 1, 106; Corte Rouen, 24 novembre 1875, *D. P.*, 1878, 2, 114). V. De Paepe, op. cit., n. 31.

115. — *b*) Verte dinanzi a un tribunale ordinario una causa tra due parti, una delle quali, in relazione all'oggetto della domanda avversaria, vanta un diritto di garantia, formale o semplice, contro un terzo finora estraneo alla lite: valendosi della regola di competenza stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ., colui che pretende di essere garantito chiama in causa il suo garante; ma questi eccepisce che tra lui e il chiamante in causa esiste una clausola compromissoria *generale,* per la quale deve essere deferita ad un collegio d'arbitri la decisione di tutte le controversie tra loro eventualmente nasciture. Si domanda se, nonostante l'esistenza di questa clausola compromissoria *generale,* il garante sia costretto a sottoporsi alla competenza stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ., o se, al contrario, il garantito debba necessariamente esperimentare la sua azione in garantia dinanzi al collegio arbitrale (52).

Coloro che sono per questa seconda soluzione, portano a sostegno della loro tesi i seguenti argomenti:

1) Il compromesso determina negli arbitri una vera e propria *giurisdizione* speciale, la quale esclude la giurisdizione dell'autorità giudiziaria per tutta la materia cui si riferisce; non si può dunque in questo caso pretendere di applicare le regole della competenza per connessione, appunto perchè trattasi di materia sottratta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

2) La competenza degli arbitri si estende alla *materia* che le parti interessate vollero sottratta alla competenza del giudice ordinario; ora siccome l'art. 100 Cod. proc. civ. espressamente dichiara che la competenza per connessione non ha efficacia di fronte alla competenza per materia o per valore, si deve concludere che il disposto di tale articolo non può trovare applicazione nel caso di competenza arbitrale, che è competenza *per materia.*

3) La competenza per connessione, di cui quella stabilita per l'azione in garantia dall'art. 100 Cod. proc. civ. forma una specie, è costituita nell'interesse privato, per la economia dei giudizî; sicchè

---

(52) Si veda sulla questione la mia Nota, *Chiamata in garantia e giurisdizione arbitrale,* nel *Foro it.,* 1912, 1, 1143. Non si deve confondere tale questione coll'altra che potrebbe nascere quando, deferita per compromesso ad un collegio d'arbitri la decisione di una controversia, uno dei litiganti volesse chiamare in garantia, dinanzi a quel collegio arbitrale, un terzo estraneo al compromesso. Per il principio che il compromesso non può avere efficacia di fronte a chi non concorse a crearlo, la connessione di causa non potrebbe avere la forza di sottrarre il garante ai giudici ordinarî. V. su questo punto, MARIANI, *Compromesso* (*Dig. it.,* VII, 3.ª), n. 170. V. in MARANTA, *Speculum aureum,* cit., parte VI, dist. VI, n. 21, trattata la questione se nella lite pendente dinanzi all'arbitro possa aver luogo la *laudatio auctoris.*

possono le parti liberamente rinunciarvi senza che vi si oppongano ragioni di ordine pubblico. La clausola compromissoria, che contiene una manifestazione di volontà delle parti, deve quindi prevalere sulla competenza per connessione, poichè, come l'art. 1123 Cod. civ. riconosce, « *voluntates legitimae contrahentium omnimodo servandae sunt* » (53).

I due primi argomenti non meritano in verità una lunga confutazione.

Quand'anche si ammetta, come oggi si tende a escludere (54), che il compromesso determini negli arbitri un vero e proprio potere giurisdizionale, non per ciò solo è risoluta la questione circa la loro competenza, essendo noto che la competenza discende dalla distribuzione della potestà giurisdizionale fra i diversi giudici (55). Giurisdizione è la potestà di giudicare in astratto: competenza è invece la misura di tal potestà, la concreta determinazione delle controversie sulle quali essa può legittimamente esercitarsi. Ora, quando si discute se una determinata controversia rientri o no tra quelle che gli interessati hanno inteso di sottoporre alla giurisdizione arbitrale, si fa, evidentemente, una questione di competenza. E prima di affermare che non si possono applicare in questo caso le regole della competenza per connessione perchè trattasi di materia sottratta alla giurisdizione ordinaria, occorre appunto, se non si vuol cadere in una petizione di principio, dimostrare che i compromittenti abbiano voluto sottrarre al giudice ordinario la materia in questione.

Anche più inconsistente è il secondo argomento, secondo il quale il compromesso determinerebbe negli arbitri una competenza *per materia*. Si sa, dalle istituzioni di diritto processuale, che, quando si parla di competenza *per materia*, si ha in mente quella competenza reale, assoluta, che, per ragioni di ordine pubblico, la legge determina in relazione all'indole obiettiva di certe controversie, indipendentemente dalla volontà dei litiganti. Ora, nessuno di questi requisiti si riscontra nel concetto di competenza arbitrale, la quale è una competenza personale, relativa, stabilita per convenzione delle parti nel loro esclusivo interesse e non già in contemplazione di uno speciale carattere materiale delle controversie. « La competenza

---

(53) Cass. Firenze, 16 gennaio 1899, *Foro it.*, 1899, 1, 399; Cass. Roma, 22 giugno 1900, *id.*, 1900, 1, 1362; Cass. Torino, 15 luglio 1902; *Giur. tor.*, 1902, 1520; id., 22 maggio 1905, *Foro it.*, 1905, I, 1051; id., 5 febbraio 1907, *id.*, 1907, 1, 708; App. Genova, 3 febbraio 1908, *Temi gen.*, 1908, 173; id., 23 giugno 1910, *id.*, 1910, 434.

(54) V. Chiovenda, *Principii*, 3ª ediz., pag. 108, nota 1.

(55) V. le motivazioni della Cass. Roma, 27 febbraio 1912 (*Foro it.*, 1912, 585).

per materia — dice il CASTELLARI — è una nozione propria della giurisdizione dei magistrati ufficiali, estranea quindi alla capacità di giudicare che le parti, entro i limiti assegnati dalla legge, possono attribuire ai privati di loro fiducia » (56). E giustamente il MORTARA scrive che il chiamare competenza per materia quella degli arbitri, in quanto fu deferita *la materia di una lite* al loro giudizio, è soltanto « un giuoco di parole poco felice » (57).

Resta il terzo argomento, l'unico che può avere un certo valore. L'estensione della competenza arbitrale, infatti, che è competenza essenzialmente *convenzionale*, deve esser sempre delimitata alla sola stregua della convenzione; i confini di tal competenza, purchè non incontrino ostacoli d'ordine pubblico, devon potersi allargare fino a quel punto al quale vogliono allargarli i compromittenti.

Se, come in alcuni giudicati si è tentato di fare, si volesse — indipendentemente dall'indagine sulla volontà delle parti — mettere a paragone l'efficacia della competenza per connessione con quella della competenza arbitrale, quasi a determinarne sovra una bilancia il peso rispettivo, si dovrebbe di necessità dare la prevalenza alla prima. La prima, infatti, è stabilita dalla legge, mentre la seconda è stabilita dai privati; la prima è, sì, come la seconda, determinata nell'interesse privato, ma risponde anche contemporaneamente ad una ragione di pubblico interesse, che nella seconda manca del tutto. Cosicchè, anche da questo punto di vista, si dovrebbe nell'incertezza concludere che l'azione di garantia deve essere sottoposta all'impero di quella competenza che ha in sè maggior forza, vale a dire alle regole della competenza per connessione.

Ma questo non è il criterio giusto per porre e risolvere la questione. Anzichè domandare « se la competenza arbitrale debba prevalere sulla competenza per connessione, determinata dalla legge per l'azione in garantia », il problema va formulato così: « può la clausola compromissoria *generale* far presumere nei compromittenti la volontà di rinunciare alla special competenza stabilita dalla legge per le questioni di garantia? ». L'indagine, adunque, deve esser rivolta non a calcolare il prevalente valore comparativo della competenza arbitrale messa di fronte alla competenza per connessione, ma solo ad interpretare quale sia, in materia di garantia, la presumibile volontà delle parti compromittenti (58), poichè la eccezione pro-

---

(56) Op. cit., pag. 516.

(57) *Comm.*, II, pag. 331, nota 1. V. anche *ibid.*, n. 10, sul carattere personale della competenza arbitrale.

(58) La questione è posta esattamente in questi termini in una nota nel *Journal du Palais*, 1892, 1, 405, posta a commento di una sentenza Cass., 4 luglio 1889, secondo la quale l'attribuzione convenzionale della cognizione generica a

cessuale nascente dalla clausola compromissoria non è propriamente una eccezione di incompetenza, ma una eccezione di rinunzia convenzionale alla cognizione ordinaria (59). Ciò posto, data l'indole specialissima dell'azione in garantia, è ammissibile, quando non vi è espressa dichiarazione specifica, che le parti abbiano voluto tacitamente comprenderla fra le controversie sottoposte alla cognizione degli arbitri?

Non staremo qui a ripetere cose già dette (dietro, n. 2) per dichiarare che l'azione di garantia tende al conseguimento di una caratteristica prestazione di natura processuale, e che, dei due modi in cui tale azione può essere esercitata (in via *principale* e in via *incidentale*, dietro, n. 64 e segg.), il secondo modo (*chiamata in garantia*) è assai più vantaggioso, tanto per il garantito, quanto per il garante: per il garantito, poichè sol per questa via egli può valersi del diritto di garantia nella sua pienezza, colla cumulativa richiesta della difesa giudiziaria e del risarcimento del danno; per il garante, poichè sol per questa via egli può portare al garantito validi mezzi di aiuto e respingere così le pretese del comune avversario, che potrebbero, in ultima conseguenza, ricadere su lui.

Ora, quando ciò si consideri, non pare supponibile, se non vi sia una espressa dichiarazione dei compromittenti, che essi abbiano voluto tacitamente rinunciare ai reciproci vantaggi derivanti dal poter esercitare l'azione in garantia in quella speciale forma che prende il nome di *chiamata in garantia*, con la special competenza determinata dall'art. 100 Cod. proc. civile. Il rinunciare a tali vantaggi è, infatti, anzichè la semplice rinuncia ad una regola *formale* di competenza, la rinuncia alla *sostanza* di un diritto, il quale,

---

un Tribunale non distrugge la competenza per connessione stabilita dall'art. 181 Cod. proc. civ. per l'azione di garantia. « La convention — dice la suddetta Nota — par laquelle le garant et le garanti attribuent à un Tribunal determiné la connaissance des litiges qui pourraient s'élever entre eux, fait elle obstacle a ce que le garanti, exposé aux suites d'une action principale dirigée contre lui par un tiers, agisse contre le garant, non par voie d'action principal, mais par voie de recours en garantie devant un autre Tribunal valablement saisi de la demande originaire? La difficulté ne comporte pas une solution de principe. Elle constitue non une question de droit, mais une question de fait et d'appréciation, dont la solution est variable suivant les espèces. Les parties, en contractant, ont-elles entendu que le Tribunal par elles choisi connaîtrait de tous les litiges, sans distinction, qui s'éléveraient entre elles, au sujet de la convention? Ou, au contraire, n'ont elles seulement eu en vue que le cas le plus fréquent, le plus usuel, celui de demandes principales formées par l'une des parties contre l'autre, laissant ainsi en dehors de leur prevision et par conséquent sous l'empir du droit commun, les recours en garantie? Tel est le point a trancher, par une interprétation du contrat d'après les termes et l'intentions des ses auteurs ».

(59) Chiovenda, *Principii*, 3ª ediz., pag. 618.

quando non si applichi la competenza dell'art. 100 Cod. proc. civ., resta per sua natura notevolmente menomato; poichè, se non si ha la riunione della causa di molestia colla causa di garantia, resa possibile dal più volte ricordato art. 100, non si può avere neanche la difesa giudiziaria che del diritto di garantia è il fondamentale oggetto, e il diritto stesso viene a ridursi ad un assai meno vantaggioso diritto di risarcimento.

S'intende che, qualora il compromittente garantito, passati i termini per chiamare nella causa principale l'altro compromittente garante, voglia esperimentare contro di lui l'azione di garantia in via principale per ottenere il semplice rifacimento dei danni, dovrà investire della questione il collegio arbitrale, poichè in tal caso il sottoporre l'azione di garantia al giudice ordinario non porterebbe ormai al conseguimento di maggiori vantaggi. Ma, finchè si tratta di azione di garantia esercitata in via incidentale, non è supponibile che il silenzio dei compromittenti implichi rinuncia ai beneficî di un istituto giudiziario, il quale, più che sovra una semplice connessione di causa, si basa sulla natura tutta speciale di un diritto di difesa, che può essere pienamente soddisfatto sol quando il garante si presenti innanzi allo stesso giudice investito della causa del garantito.

A conferma della mia tesi milita anche un'altra ragione che il Codovilla (60) desume da un principio fondamentale del compromesso. La giurisdizione arbitrale, egli dice, non si estende a chi non concorse a crearla; quindi, siccome la chiamata in garantia mira a mettere il garante in diretto contraddittorio coll'avversario del garantito, estraneo al compromesso, tale contraddittorio non può aver luogo che dinanzi ai giudici ordinarî.

Per questi motivi, riteniamo che la clausola compromissoria *generale* non tolga a ciascuno dei compromittenti il diritto di chiamar l'altro in garantia dinanzi ai giudici ordinarî, in una causa ivi iniziata da un terzo estraneo al compromesso (61).

---

(60) *Del compromesso e del giudizio arbitrale* (Torino, 1899), pag. 264 e segg.

(61) Giurisprudenza in questo senso: Cass. Torino, 31 marzo 1883, *Giur. tor.*, 1883, 562; App. Torino, 3 marzo 1894, *Foro it.*, 1895, I, 128; Cass. Torino, 17 dicembre 1895, *Giur. tor.*, 1896, 71; App. Milano, 10 dicembre 1897, *Giur. it.*, 1898, I, 2, 316; Cass. Palermo, 30 dicembre 1897, *Foro sic.*, 1898, 89; Cass. Roma, 30 dicembre 1903, *Giur. it.*, 1904, 1, 1, 239; App. Torino, 29 dicembre 1905, *Giur. tor.*, 1906, 325; Trib. Ravenna, 11 aprile 1911, *Boll. uff. Ferr. Stato*, 1911; Cass. Roma, 27 febbraio 1912, *Foro it.*, 1912, pag. 585, e la mia Nota sulla stessa, *ibid.*, pag. 1143. App. Parma, 23 luglio 1912, *Giur. it.*, 1912, 1, 2, 973.

Per la giurisprudenza francese, vedi, oltre la già citata sentenza Cass., 4 luglio 1889, le decisioni riportate e illustrate dal De Paepe, op. cit., n. 31.

Capitolo Sesto

L'AZIONE DI GARANTIA DI FRONTE ALLA COMPETENZA ASSOLUTA

Sommario

§ 1. — *Principî generali.*

116. La competenza per connessione non deroga alla competenza assoluta. — 117. La chiamata in garantia non può aver luogo dinanzi a un giudice assolutamente incompetente a giudicar la questione di garantia; ma può aver luogo in tal caso la semplice chiamata in causa del garante.

§ 2. — *Incompetenza per materia.*

118. Regola generale. — 119. Giurisdizione civile e giurisdizione commerciale. — 120. Giurisdizione industriale, amministrativa, ecc.

§ 3. — *Incompetenza per valore.*

121. Regola generale. — 122. Possibilità che l'azione di garantia abbia valore superiore o inferiore all'azione di molestia. — 123. Gli articoli 101-102 Cod. proc. civ., non sono applicabili all'azione di garantia. — 124. Se l'azione di garantia, il cui valore è inferiore al limite minimo della competenza del giudice adito per l'azione di molestia, debba esser rinviata al giudice inferiore. — 125. Applicabilità dell'art. 101 Cod. proc. civ., quando il garante proponga azione in riconvenzione di valore superiore alla competenza del giudice adito.

§ 4. — *Incompetenza per grado.*

126. Regola generale. — 127. Se per il diritto romano la *denunciatio litis* potesse esser fatta in appello. — 128. Se la chiamata in garantia sia ammissibile per la prima volta in appello: stato della dottrina francese. — 129. Stato della dottrina italiana: disamina degli argomenti pro e contro. — 130. Conclusione negativa. — 131. È ammissibile in appello l'intervento volontario del garante? — 132. È ammissibile in appello l'intervento coatto del garante? — 133. — Riassunto delle questioni trattate. — 134. Eccezioni ammesse dalla giurisprudenza alla inammissibilità della chiamata in garantia in appello. — 135. La chiamata in garantia proposta per la prima volta in appello dev'essere rigettata d'ufficio.

§ 1. — *Principî generali.*

116. — La regola contenuta nell'art. 100 Cod. proc. civ. ha valore di fronte alla competenza per territorio, inquantochè viene ad attribuire al giudice investito dell'azione di molestia la competenza su una controversia (azione di garantia) che, se si seguissero le regole ordinarie, dovrebb'essere decisa dal giudice appartenente ad altra circoscrizione giudiziaria; ma non ha valore di fronte alla competenza assoluta, nè può quindi allargare la cerchia dei poteri del giudice, col renderlo competente a conoscere di questioni che per ragioni *obiettive* (materia o valore) gli sono tolte, o coll'estendere la sua capacità *funzionale* (grado). Diremo dunque che il giudice investito dell'azione di molestia è competente a conoscere dell'azione di garantia solamente quando ha obiettivamente e funzionalmente le stesse attribuzioni del giudice, dinanzi al quale l'azione di garantia dovrebbe esser portata, se fosse un'azione indipendente, regolata dalle ordinarie norme di competenza.

Tale principio deriva da quel carattere di competenza *personale*, basata principalmente su ragioni di privato interesse, che abbiamo già mostrato nella competenza per connessione. Se la regola, stabilita dall'art. 100 Cod. proc. civ., si basa su motivi di interesse privato, è chiaro che tale regola non può prevalere sull'interesse pubblico, giustificatore della competenza assoluta (1).

Già sotto le Ordinanze di Luigi XIV, avvertivano i commentatori che il giudice competente per l'azione di molestia non poteva decidere anche l'azione di garantia quando il garante era sottoposto, per ragioni diverse dal territorio, ad altra giurisdizione; così il Jousse (2) avvertiva che i *juges-consuls* non potevano essere investiti di una domanda di garantia contro chi non era sottoposto alla loro giurisdizione, e Rodier (3) faceva notare che qualora la domanda originaria fosse pendente dinanzi ai *juges d'attribution* (giudici incaricati dal re per la decisione di speciali controversie), non potevano le parti far decidere da questi una domanda in garantia contro un terzo estraneo.

Sotto l'impero del vigente Codice francese la dottrina e la prevalente giurisprudenza ritengono che la chiamata in garantia non possa mai derogare alle regole di competenza assoluta; ma non sono mancati giudicati in senso contrario, come tra poco vedremo, originati dal silenzio della legge francese, la quale non pone (artt. 59 e 181 Cod.

---

(1) Lessona, *Manuale* cit., pag. 78.

(2) *Comm. sur l'Ord. 1673*, tit. XII, art. 14, n. 3.

(3) *Questions sur l'Ord. 1667*, tit. VIII, art. 8, quest. I.

proc. civ.) espressamente nessun limite alla competenza stabilita in materia di garantia. Una espressa limitazione fu posta dall'art. 26 del Codice Sardo-piemontese del 1859, in relazione alla incompetenza *per materia* (avanti, n. 121 nota); il nostro codice vigente estese tale limitazione anche al caso di incompetenza *per valore,* espressamente stabilendo, nel già ricordato art. 100 Cod. proc. civ. che « l'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale è competente a conoscere, *eccettuato il caso d'incompetenza per materia o valore...* ecc. »; con espressione più generale, e forse più opportuna, poichè comprende tutti i casi di incompetenza assoluta oltre quelli per materia o per valore (p. e. quello di incompetenza funzionale per grado) la legge belga del 1876 stabilisce all'art. 50 che il giudice investito dell'azione di molestia è competente per conoscere dell'azione di garantia solo quando essa *non esce dalle sue attribuzioni.*

Dal principio che la competenza per connessione non può derogare alla competenza assoluta, si deduce non solo che la regola dell'art. 100 Cod. proc. civ. non può derogare alla competenza obiettiva *per materia* e a quella *per valore,* (come lo stesso articolo espressamente stabilisce), ma anche che essa non ha efficacia di fronte alla competenza funzionale *per grado;* noi ci proponiamo appunto di trattare separatamente ciascuna di queste tre deduzioni.

117. — Se il garante non può di regola sollevare l'eccezione di incompetenza per territorio (dietro, n. 110) è evidente al contrario che egli potrà in ogni caso sollevare l'eccezione di incompetenza assoluta, la quale, interessando l'ordine pubblico, può, per l'art. 187 Cod. proc. civ., essere dichiarata anche d'ufficio (4).

Dobbiamo peraltro richiamare a questo punto la distinzione già fatta dei singoli elementi che compongono l'atto complesso che prende il nome di chiamata in garantia; in esso, si è detto, bisogna distinguere la domanda di garantia, che è la proposizione della vera azione di garantia, dalla chiamata in causa del garante, che è una forma di intervento coatto volto a mettere in grado il garante di prestare, se vuole, la difesa processuale, e a render comune anche a lui la decisione dell'azione di molestia (dietro, n. 67). Ora, quando si dice che la regola posta dall'art. 100 Cod. proc. civ. non può derogare alla competenza assoluta, si intende riferirci, come è facile comprendere, alla vera e propria domanda di garantia, non alla chiamata in causa del garante; vale a dire il garante potrà essere chiamato nella causa di molestia anche se il giudice che è investito di questa

(4) Mattirolo, op. cit., III, n. 795.

causa non è competente, per materia, per valore o per grado, a decidere sull'azione di garantia.

Analogamente non si può non riconoscere al garante il diritto di intervenire volontariamente nel giudizio ove è stata proposta l'azione di molestia, nonostante che allo stesso foro non possa esser attribuito, per ragioni di incompetenza assoluta, il giudizio sull'azione di garantia; la prestazione della difesa processuale non può infatti implicare nessuna deroga alla competenza assoluta (5).

Vedremo tuttavia che tale principio è negato da molti quando si tratta di incompetenza funzionale per grado.

§ 2. — *Incompetenza per materia.*

118. — Quando la legge attribuisce a un giudice una causa con riguardo alla natura di essa, non è ammissibile che questa causa possa esser sottratta al giudice stabilito dalla legge sol perchè è connessa a un'altra causa di diversa natura; la competenza per connessione presuppone la competenza per materia: e quando il giudice investito dell'azione di molestia è incompetente per materia a giudicar la questione di garantia in considerazione della sua speciale natura, la connessione non può aver la forza di prevalere sulla fondamentale inidoneità del giudice.

L'occasione di applicare queste massime si presenta specialmente allorchè nell'ordinamento giudiziario esiste una separazione assoluta tra giurisdizione civile e giurisdizione commerciale: esistendo tale dualismo, per cui i tribunali di commercio sono organi giurisdizionali forniti di una propria esistenza accanto ai tribunali civili, può accadere che si introduca dinanzi a un giudice civile investito dell'azione di molestia una domanda in garantia di carattere commerciale, o viceversa. In simili contingenze, la domanda di garantia dev'essere rinviata al giudice competente per materia, e il giudice investito dell'azione di molestia deve anche d'ufficio pronunciare la propria incompetenza. Ciò è stato affermato in Francia, ove esiste la separazione tra la giurisdizione civile e la giurisdizione commerciale, fin dai commentatori delle Ordinanze (6), ed è affermato oggi dalla dottrina unanime e dalla prevalente giurisprudenza (7); lo stesso

(5) V. De Paepe, op. cit., n. 39.

(6) V. Jousse, loc. cit.

(7) Carré, op. cit., quest. 772; Joccoton, op. cit., n. 273; Boncenne, op. cit., III, 402; Garsonnet, op. cit., § 448: De Paepe, op. cit., n. 32 e segg. Per la giurisprudenza in questo senso v. Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 385, e Corte

principio è stato seguìto in Italia, prima dell'abolizione dei tribunali di commercio (8).

119. — La questione si è fatta più complicata in Italia dopo la legge 25 gennaio 1888 che abolì i Tribunali di commercio come organi autonomi, attribuendo le loro funzioni ai tribunali civili; infatti quasi tutti gli autori, quando si domandano se, nell'attuale ordinamento giudiziario, si possa senza derogare alla competenza per materia proporre un'azione di garantia commerciale in un giudizio civile o viceversa (questione analoga si può fare per la domanda riconvenzionale e, in genere, per tutte le cause connesse), fanno dipendere la risoluzione del problema dalla più generale questione, che ancora si dibatte in dottrina, sulla sopravvivenza di una giurisdizione commerciale nell'attuale ordinamento giudiziario italiano.

Chi ritiene che, non ostante l'abolizione dei Tribunali di commercio, la loro giurisdizione è passata senza alterazione nei Tribunali civili, i quali, per conseguenza, allorchè giudicano in sede commerciale, equivalgono perfettamente agli aboliti Tribunali di commercio, deduce da tale premessa che il proporre una chiamata in garantia d'indole commerciale in un giudizio civile, o viceversa, costituirebbe nè più nè meno che una deroga alla competenza per materia quale l'art. 100 Cod. proc. civ. espressamente proibisce; cosicchè, il giudice dinanzi al quale tal chiamata in garantia venisse proposta, dovrebbe dichiararsi incompetente a pronunciarvi, e rinviare la causa al giudice competente per materia e per territorio (9).

Chi, al contrario, considerando che tanto della giurisdizione civile quanto di quella commerciale è investito oggi lo stesso tribunale, ritiene inesistente il preteso dualismo tra queste due giurisdizioni nell'attuale diritto positivo che ha conservato soltanto qualche for-

---

Douai, 19 dicembre 1893, *Journal du Palais*, 1894, 2, 129, ed ivi nota con riferimenti. Non mancano però in Francia (ove nessuna limitazione per materia è fatta esplicitamente dalla legge alla competenza per connessione in tema di garantia) e nel Belgio, sentenze contrarie, che si fondano sulla pretesa indivisibilità processuale dell'azione di molestia e dell'azione di garantia; sono estesamente riferite e confutate dal DE PAEPE, op. cit., nn. 32-39. V. TISSIER et DARRAS, *Cod. proc. civ. annoté*, art. 181, 6-12 in favore, 13-17 contro.

(8) App. Torino, 1° luglio 1864, *Giur. tor.*, 1864, 304; id., 13 aprile 1866, *id.*, 1866, 227; App. Napoli, 6 dicembre 1869, *Annali*, 1869, 2, 599, con estesa nota; App. Torino, 15 giugno 1881, *Giur. tor.*, 1881, 598: « Nel giudicio commerciale per pagamento di lettera di cambio non possono evocarsi in responsabilità il notaio e l'usciere per nullità da loro commesse nella compilazione del protesto o nella sua notificazione (azione civile di danni) ». V. BORSARI, op. cit., art. 195, quest. *b*.

(9) MATTIROLO, op. cit., I, n. 908 e segg.

male diversità di mezzi istruttorî, conclude necessariamente che l'investire di una domanda di garantia di natura commerciale il giudice adito per la decisione dell'azione di molestia di natura civile, o viceversa, non costituisce affatto una deroga alla competenza assoluta per materia ed è quindi oggi pienamente legittimo (10).

Ora, in verità, come egregiamente ha dimostrato l'APPIANI (11), non è necessario far dipendere la questione da noi presa in esame dalla più generale questione che si dibatte intorno alla sopravvivenza della giurisdizione commerciale autonoma. Infatti, anche chi reputa che la giurisdizione commerciale resti tuttora intatta, non può non riconoscere che i Tribunali hanno oggi giurisdizione plenaria, e che, sia pure in sede separata, hanno competenza tanto sulle cause civili quanto sulle cause commerciali; cosicchè, qualora dinanzi a un Tribunale investito di un'azione principale di carattere civile, si volesse introdurre un'azione di garantia di carattere commerciale (o viceversa), non si potrebbe ragionevolmente sostenere che il Tribunale investito dell'azione di molestia è incompetente per materia a conoscere dell'azione di garantia, poichè questo Tribunale, dotato di giurisdizione piena, è competente per materia così per le cause civili come per le cause commerciali.

Bisogna tener distinta l'attribuzione delle due cause allo stesso giudice (*idem judex*), che è questione di competenza, dalla unione delle due cause in un solo procedimento (*simultaneus processus*) che è questione di ordine giudiziario. Tutti coloro che negano la possibilità di attribuire un'azione di garantia commerciale a un Tribunale investito dell'azione di molestia civile o viceversa, portano senza avvedersene argomenti che, se hanno un valore per escludere in simil caso l'unicità del giudizio, non ne hanno alcuno per escludere l'unicità del giudice. La regola contenuta nell'art. 100 Cod. proc. civ., è una regola di pura competenza, la quale nulla dispone per l'unione delle cause connesse; ed è evidente che tale regola raggiunge pienamente il suo scopo — di evitare la contraddittorietà dei giudicati —, anche quando le due cause connesse restano separate in due diversi procedimenti. Lo scopo dell'art. 100 sarà dunque pienamente raggiunto quando il Tribunale investito dell'azione di molestia che ha carattere civile, giudicherà di questa in sede civile, e giudicherà poi, in sede commerciale, dell'azione di garantia che ha carattere commerciale; così, anche prima della Legge 1888, si trova

---

(10) MORTARA, *Comm.*, II, n. 101 e seg., e n. 232; CASTELLARI, op. cit., pagg. 453 e 458 (per la riconvenzione); CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pagg. 515-516.

(11) *Della riunione di due cause*, ecc., già citato, pag. 299 e segg.

risolta la questione per i Tribunali *misti*, forniti insieme di giurisdizione civile e commerciale (12). Bisogna infatti considerare che la ragione per la quale la legge esclude che la competenza per connessione possa derogare alla competenza per materia è quella di non sottoporre il garante a dei giudici che non possono avere la capacità necessaria per giudicare una controversia di natura speciale; nel caso in esame, invece, essendo il Tribunale investito della giurisdizione plenaria, tale incapacità non si verifica e gl'interessi del garante non vengono minimamente lesi. Si deve dunque concludere che nello stato attuale della nostra legislazione il giudice investito dell'azione di molestia civile non può dichiararsi incompetente a conoscere dell'azione di garantia commerciale (o viceversa) (13).

Resta però la questione dell'unione delle due cause. Ammesso che uno stesso giudice dev'essere investito, *ratione connexitatis*, delle due azioni connesse, quantunque una abbia carattere civile e l'altra commerciale, si deve ammettere anche che queste due azioni possano esser riunite in un solo procedimento? Vedremo in seguito che, secondo la nostra opinione, la chiamata in garantia opera *ipso iure* la riunione della questione di garantia colla questione di molestia, a meno che non concorrano motivi sufficienti per separare utilmente le due cause: si deve ora, tra questi motivi, far rientrare anche la diversità del carattere (civile o commerciale) delle due azioni? Coloro che reputano non potersi ammettere l'unione delle due cause, adducono a solo sostegno della loro tesi l'inconciliabilità di norme di procedimento diverse che verrebbero a concorrere in uno stesso giudizio, in relazione alla rappresentanza in lite per mezzo di procuratore, obbligatoria nelle cause civili, facoltativa in quelle commerciali; in relazione al diritto probatorio; in relazione ai diversi termini per la perenzione d'istanza e per l'impugnabilità della sentenza in appello. Ma bisogna riflettere che il dovere applicare in uno stesso giudizio norme eterogenee, non è poi un inconveniente molto grave, quando si sappia che l'unione delle due cause non distrugge la loro sostanziale diversità, nè confonde in alcun modo i singoli rapporti vertenti tra le parti; anche indipendentemente dal caso della riunione di due cause una civile e una commerciale, può sempre verificarsi, come vedremo in seguito, che l'azione di garantia venga a perimersi quando l'azione di molestia è tuttora in vita, o che, essendo già de-

(12) Cass. Firenze, 17 dicembre 1868, *Annali*, 1868, 1, 1, 326, con Nota, ov'è detto che il Tribunale misto « potrebbe colla competenza *commerciale* giudicare la causa fra l'attore e il convenuto commercianti, e al tempo stesso, spiegando la competenza *civile ordinaria*, potrebbe decidere la causa di rilevazione promossa contro il non commerciante ».

(13) App. Bologna, 6 settembre 1889, *Giur. it.*, 1890, 2, 81.

corso per una questione il termine d'appello, non sia ancora decorso in relazione all'altra (avanti, n. 261); e l'unità del procedimento non impedisce affatto l'applicazione distinta a entrambe le questioni delle norme speciali che a ciascuna si confanno. Ritengo adunque che, quando si ha una causa di molestia di natura civile e una causa di garantia di natura commerciale, o viceversa, non solo debba la cognizione di esse attribuirsi a un *idem judex,* ma si possa anche tale cognizione riunire in un *simultaneus processus,* applicandosi a ciascuna delle due questioni quelle norme processuali che son proprie alla sua natura; ma, ripeto, qualora questa concorrenza di norme diverse paresse un ostacolo insormontabile alla riunione delle due cause, essa non sarebbe mai un ostacolo alla attribuzione di ambedue le cause a uno stesso giudice, vale a dire all'applicazione dell'articolo 100 Cod. proc. civ.

Ammesso che all'azione di molestia, che ha carattere civile, si possa unire l'azione di garantia che ha carattere commerciale, o viceversa, bisogna avvertire che le due azioni, nei rapporti tra le rispettive parti, mantengono il loro carattere civile o commerciale (14), e devono essere svolte colle forme che si addicono alla speciale natura di ciascuna di esse. I mezzi di prova saranno determinati con criterî diversi nelle due questioni, diversamente regolata sarà la rappresentanza; le due azioni, per gli artt. 338 Cod. proc. civ. e 877 Cod. comm., si perimeranno in termini diversi e per l'art. 485 Cod. proc. civ. la sentenza che deciderà delle due questioni congiuntamente, sarà appellabile entro due termini diversi secondo che l'appello investa la decisione pronunciata sulla questione civile o su quella commerciale (15).

Non credo adunque accettabile il parere di chi opina che, nel caso in esame, la qualità civile o commerciale della causa subordinante debba prevalere sulla qualità della causa subordinata di garantia (16); sarebbe questa una palese ingiuria fatta al garante, il

---

(14) App. Catania, 23 marzo 1908, *Giur. cat.,* 1908, 66.

(15) Mortara, *Comm.,* II, n. 105: « Non vi è antinomia nè assurdità nella ipotesi di una situazione processuale in cui il diritto di appellare sopravviva per uno dei litiganti e sia perduto per l'altro. Ciò si verifica anche in altre circostanze, per esempio se una delle parti presti acquiescenza alla decisione nel capo pel quale potrebbe gravarsene. Appena occorre rammentare, inoltre, che i due termini di appello decorrono rispettivamente a favore di due parti che possiedono opposti e separati interessi, non senza che si noti come l'appello proposto nel termine più breve da quella parte che è soggetta ad osservarlo devolve tutta la controversia al giudice superiore, qualora l'altra parte si provveda con appello incidentale, se il suo interesse ve lo induca ».

(16) Piola, *Chiamata in garantia,* pag. 48: « Siccome la causa ha il carattere di civile o di commerciale a seconda che civile e commerciale è la causa prin-

quale ha diritto alla osservanza di quelle forme processuali che meglio si addicono alla natura dell'azione di garantia, e che potrebbe essere esposto, per un criterio di opportunità pratica, a perdere irrimediabilmente facoltà d'importanza sostanziale (come accadrebbe, per esempio, se gli fosse negato, quando la causa di molestia fosse civile, di valersi, per escludere il suo obbligo di garantia, delle norme di diritto probatorio commerciale).

Nessuna difficoltà nasce dunque dall'applicazione di norme diverse alle due questioni finchè esse si mantengono sostanzialmente separate, non ostante che siano processualmente riunite. Senonchè una certa complicazione può nascere dal fatto che il garante interveniente nella causa di molestia vi prenda parte attiva, opponendo eccezioni contro l'avversario del garantito e, nei casi di garantia formale, assumendo la lite. In tali casi la questione che si svolge fra garante e terzo molestante avrà carattere civile o commerciale? Riteniamo, sull'autorità del MORTARA (17), che tale questione rivestirà sempre carattere commerciale, in virtù dell'art. 54 Cod. comm.; e ciò non solo quando, essendo commerciale l'azione di garantia, il garante assumerà formalmente la lite del garantito che in origine è civile, e quando, essendo civile l'azione di garantia, il garante assumerà formalmente la lite del garantito che in origine è commerciale; ma anche quando il garante si limiterà, in caso di garantia semplice, a portar la sua difesa a lato del garantito.

120. — Ma, casi di incompetenza per materia a giudicare dell'azione in garantia possono sorgere anche all'infuori del dualismo tra giurisdizione civile e commerciale.

Quella incompetenza che prima della Legge 1888 era senza discussione riconosciuta nei tribunali di commercio a giudicare azioni di garantia d'indole civile, può ora riconoscersi nella giurisdizione *industriale*: non si potrebbe cioè, dinanzi a un collegio di Probiviri, esercitare un'azione in garantia di indole civile anche se il valore della domanda non superasse le 300 lire (18).

Un altro caso di incompetenza *ratione materiae* è quello riconosciuto dalla sentenza App. Torino 1° marzo 1907; essa reputò che

---

cipale, così per stabilire il termine per appellare da sentenza di Tribunale, anche per ciò che alla garantia è esclusivamente relativo, è all'indole della causa principale che si ha riguardo ». APPIANI, scritto cit., pag. 302; App. Brescia, 30 giugno 1869, *Annali*, 1870, 3, 291, in caso di garantia; App. Genova, 8 maggio 1900, *Temi gen.*, 1900, 331, e Cass. Torino, 12 aprile 1901, *Mon. trib.*, 1901, 923, in casi di riconvenzione.

(17) *Comm.*, II, n. 232.

(18) CASTELLARI, op. cit., pag. 458 (per la riconvenzione).

non si poteva in sede civile chiamare in garantia un terzo come civilmente responsabile del delitto commesso da un suo dipendente, perchè « alle persone civilmente responsabili... essendo attribuiti tutti i benefizi competenti agli imputati, deve pur estendersi quello di ottenere che la liquidazione del danno che devono prestare a luogo e vece di costoro sia valutata in sede civile dall'autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza a norma del tassativo disposto dell'art. 571 Cod. pr. pen.; a questa che è competenza per ragion di materia non può esser derogato per causa di continenza di causa » (19).

Parimente non si potrebbe esperimentare un'azione in garantia di indole civile davanti una giurisdizione amministrativa (20).

§ 3. — *Incompetenza per valore.*

121. — Le stesse ragioni per le quali la competenza per connessione, stabilita per l'azione di garantia dall'art. 100 Cod. proc. civ., non può derogare alla competenza assoluta per materia, valgono a dimostrare che essa non può derogare alla competenza assoluta per valore: la legge, infatti, stabilendo dei limiti per valore nella giurisdizione dei varî magistrati, presume che al di là di quei limiti i giudici non abbiano idoneità a decidere; ed è naturale che tale idoneità non possa esser creata dalla contingenza della connessione (21). Diciamo adunque che se, dinanzi al giudice competente per

---

(19) *Giur. tor.*, 1907, 549.

(20) Cass. Torino, 24 luglio 1873, *Legge*, 1874, II, 19; CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pag. 565, nota 1; CAMMEO, *Competenza per connessione e giurisdizioni speciali*, *Giur. it.*, 1908, III, 145, in nota a una contraria sentenza del Consiglio di Stato, V Sez., 19 febbraio 1908.

(21) Il Codice Sardo del 1859 disponeva all'art. 26: « In materia di garantia, di compensazione e di riconvenzione, l'autorità giudiziaria competente è quella avanti cui verte la causa principale, escluso sempre il caso di incompetenza *per ragione di materia* e salvo il disposto degli artt. 3 e 4 ». Gli artt. 3-4, poi, facevano limitazioni di valore soltanto per le domande riconvenzionali e per le compensazioni, senza stabilire, anche per la garantia, una speciale limitazione nella competenza per valore come fa il nostro art. 100. L'art. 26 suddetto rendeva incompetente il magistrato sol quando si trattasse di incompetenza *ratione materiae*, senza espressamente parlare del valore; ma la dottrina integrava la legge, dicendo (PISANELLI, nel *Comm. al Cod. proc. civ. Sardo*, vol. I, DCXXXV): « Non si può credere che la competenza per la domanda principale renda competente il magistrato sopra una domanda in garentia per somma maggiore di quella fino a cui gli è concesso di giudicare ». Notevoli l'art. 37 del Codice Estense, secondo il quale « se alla domanda dell'attore venga opposta dal reo convenuto l'eccezione di compensazione, o venga fatta riconvenzione o chiamata in garantia, il

valore a decidere della questione di molestia, venisse introdotta una questione di garantia di valore eccedente i limiti di competenza del giudice stesso, la connessione non avrebbe l'efficacia di operare nessuna deroga, e l'azione di garantia dovrebbe essere rinviata davanti all'autorità competente per valore, determinata territorialmente dal domicilio del garante.

122. — In pratica, non si verifica molto spesso che il valore dell'azione di garantia sia diverso da quello dell'azione di molestia: poichè quasi sempre il risarcimento che il garantito richiede al garante mediante l'azione di regresso si misura sul valore della domanda di molestia e non varia quindi il valore della controversia (22). Pur tuttavia si possono verificare dei casi nei quali la domanda di garantia ha un valore superiore o inferiore al valore della domanda di molestia.

Superiore, quando, mediante l'azione di regresso, il garantito richieda al garante il risarcimento per la soccombenza in una somma maggiore al valore dell'azione di molestia, o quando invochi per sostenere il suo diritto alla garantia un titolo, il cui valore superi quello dell'azione subordinante; *inferiore*, quando il garantito miri ad essere rilevato dal garante non dell'intero danno che può cagionargli la soccombenza nella questione di molestia, ma di una quota soltanto.

Il fatto che il titolo su cui si basa la domanda di garantia abbia un valore superiore al limite di competenza del magistrato adito, non produce in ogni caso la incompetenza del magistrato stesso a decidere sulla garantia. Affinchè tale incompetenza si verifichi occorre che l'obbligo di garantia sia controverso; imperocchè, se non è controverso, il valore della domanda in garantia si desume dalla somma domandata, non dalla intera obbligazione (art. 72 Cod. proc. civ.) (23); e quando la somma domandata non eccede i limiti di valore del magistrato adito, questi resta competente a deciderne.

---

giusdicente rimane tuttavia competente a giudicare anche di queste, qualunque sia il valore o la somma », e l'art. 59 Codice Parmense con analoga disposizione per i pretori.

(22) CASTELLARI, op. cit., pag. 517; CABERLOTTO, *Garantia*, n. 48.

(23) Cass. Torino, 13 febbraio 1883. Dice il PIOLA (*Competenza civile*, pag. 383, nota 8): « Un argomento che suffraga questa interpretazione si trova nell'art. 102 Cod. proc. civ. Per questo disposto di legge, nel caso in cui venga opposta la compensazione, si fa distinzione fra il caso in cui il credito opposto in compensazione sia incontrastato dal caso in cui sia controverso; nel primo caso, anche se è di valore superiore a quello entro il quale il magistrato adito può pronunciare, il magistrato adito pronuncia ».

Praticamente: *A* rivendica da *B*, dinanzi al pretore, un pezzo di terra di un valore non eccedente le lire 1500, facente parte di un podere che *B* sostiene di aver comprato da *C*, per un complessivo prezzo eccedente di gran lunga le lire 1500. *B* chiama in garantia *C*, invocando il contratto di acquisto di tutto il podere. Ora, se *C* riconosce di esser tenuto a prestar la garantia in base al contratto di vendita che *B* invoca a tale effetto, il pretore può giudicare, oltre che della domanda di *A* contro *B*, anche di quella di *B* contro *C*; ma se *C*, per sostenere di non essere tenuto a garantire *B* nel caso attuale, impugna la validità del complessivo titolo che *B* adduce, allora la questione di garantia viene ad elevarsi al valore dell'intero titolo, ed eccede la competenza del pretore adito.

Può d'altra parte accadere, come ho già accennato, che il valore dell'azione di garantia sia inferiore al valore della domanda principale, tanto da varcare il limite minimo della competenza del magistrato adito. Ciò accade per lo più in materia di garantia semplice, allorchè un condebitore solidale, citato dal creditore *per l'intero debito*, chiama a garantirlo *per una quota del debito*, l'altro condebitore; ma, sebbene il MORTARA lo neghi (24), può accadere anche per la garantia formale.

Per esempio: *B* ha comprato da *C* un appezzamento di terreno *x*, del valore di lire 1000, e lo ha rivenduto ad *A* insieme ad un altro appezzamento *y* che già possedeva, del valore anch'esso di lire 1000. Contro *A* viene intentata da un terzo la rivendicazione dell'intero fondo $x + y$, dinanzi al tribunale; *A*, allora, chiama in garantia, per l'intero fondo, *B*, il quale, a sua volta, chiama in garantia *C* per il solo appezzamento *x*, che comprò da lui, movendo così contro di lui un'azione di subgarantia che, assolutamente presa, sarebbe di competenza pretoriale.

123. — Quando la domanda di garantia ha valore superiore a quello per il quale è competente il giudice investito dell'azione di molestia, nessun dubbio v'è che essa debba esser rinviata al giudice competente per valore. Ma una questione si presenta, a questo proposito, in relazione agli artt. 101-102 Cod. proc. civ.

Stabiliscono gli articoli suddetti che, qualora l'azione in riconvenzione o l'eccezione di compensazione eccedano i limiti di valore del giudice competente per l'azione principale, questo giudice dovrà rimettere le parti davanti l'autorità superiore non solo per la questione di riconvenzione o di compensazione, *ma anche per la questione*

---

(24) *Comm.*, II, n. 96.

principale: ora si domanda se questa speciale deroga alla competenza assoluta permessa dal legislatore in riguardo all'intimo legame che vincola tra loro l'azione principale colla domanda riconvenzionale o colla compensazione, si dovrà ammettere anche nel caso di azione di garantia.

Per esempio: *A* agisce contro *B* per rivendicazione di un immobile del valore di 1500 lire; *B* chiama in garantia *C* in base a un contratto d'acquisto, pel quale *B* comprò da *C* un podere del valore di L. 5000, di cui la terra rivendicata da *A* faceva parte: *C* impugna il titolo, tantochè la questione di garantia viene a eccedere i limiti di competenza del pretore adito. Il pretore si dovrà limitare a rinviare (anche d'ufficio) al tribunale competente la sola questione di garantia, ritenendo per sè la questione di molestia, o dovrà rinviare al tribunale, per analogia cogli artt. 101-102, tanto la questione di garantia quanto la questione di molestia?

Nessun argomento in favore dell'interpretazione analogica si trova nella lettera della legge: se è vero che l'art. 100 Cod. proc. civ., nel quale, insieme colla riconvenzione e colla compensazione, è considerata anche l'azione di garantia, fa espressamente salvo « *quanto è stabilito negli artt. 101 e 102* », non è men vero che questi articoli parlano soltanto di riconvenzione (art. 101) e di compensazione (art. 102), nulla disponendo di fronte all'azione di garantia, alla quale quindi non può riferirsi l'inciso posto nell'art. 100 citato. E, d'altra parte, considerando lo spirito delle disposizioni in esame, si deve riconoscere che l'opportunità di non separare l'azione principale dall'azione in riconvenzione o dalla eccezione di compensazione è assai maggiore dell'opportunità di non separare l'azione di molestia dall'azione di garantia; imperocchè, mentre nessuna efficacia ha sulla decisione dell'azione di molestia la decisione dell'azione di garantia, l'accoglimento della riconvenzione o della compensazione può avere una sostanziale efficacia sugli effetti della domanda principale, che ne viene, per dir così, neutralizzata.

Per tali motivi si ritiene quasi concordemente che gli artt. 101-102, quando prescrivono per la riconvenzione e per la compensazione il rinvio *totius negotii* all'autorità superiore, hanno un carattere di temperamento eccezionale che impedisce di estenderli alle conseguenze. « Il legislatore — scrive il MATTIROLO (25) — stimò che l'in-

(25) MATTIROLO, op. cit., I, n. 904. Nello stesso senso: PISANELLI, *Comm. Cod. proc. civ. Sardo*, I., DCXXXV; MORTARA, *Comm.*, II, n. 232; LESSONA, *Manuale*, pag. 79; CASTELLARI, op. cit., pag. 517; CUZZERI, op. cit., art. 100, nota 1; GARGIULO, op. cit., art. 100, n. 2; CABERLOTTO, op. cit., n. 49; Cass. Roma, 5 aprile 1877, *Legge*, 1877, I, 874; id., 15 aprile 1878, *Legge*, 1878, I, 467; App.

timo nesso, il quale congiunge la domanda principale con quella di riconvenzione o di compensazione, fosse motivo sufficiente a derogare al sistema della competenza per ragione di valore, prescrivendo che di regola tutte queste domande dovessero essere giudicate da una stessa autorità giudiziaria; tacque in ordine alle azioni di garantia, e, col silenzio, mostrò di non ritenere necessario per tali azioni una deroga al sistema generale delle competenze assolute ».

Ritenuto che gli artt. 101-102 Cod. proc. civ. non si applicano all'azione di garantia, bisogna anche ritenere che, quando un giudice avesse deciso in una sola sentenza l'azione di molestia nei limiti della sua competenza per valore e l'azione di garantia eccedente per valore i limiti della sua competenza, la sentenza appellata per incompetenza dovrebbe essere annullata solo in quello che è decisione sull'azione di garantia, non in quello che è decisione sulla questione di molestia, competentemente giudicata (26). Analogamente, se il giudice di prima istanza, competente per la questione di molestia ma incompetente per l'azione in garantia, avesse ordinato il rinvio *totius negotii* al giudice superiore, il magistrato d'appello, separando l'azione di garantia da quella di molestia, non potrebbe giudicare sul merito di quest'ultima, ma dovrebbe rinviarne la decisione al primo giudice (27).

124. — Abbiamo già mostrato (dietro, n. 122) la possibilità di un'azione di garantia che abbia valore *inferiore* a quello dell'azione di molestia; qualora, in tale ipotesi, accada che il valore dell'azione di garantia sia inferiore al limite *minimo* di competenza del giudice competente per l'azione di molestia, dovrà la cognizione dell'azione di garantia esser rimandata al giudice inferiore?

La stessa questione si è presentata per le azioni in riconvenzione e per la compensazione, le quali, proposte dinanzi a un giudice competente per l'azione principale, possono essere, astrattamente considerate, di una competenza per valore inferiore; e dottrina e giurisprudenza hanno concordemente ritenuto che la competenza per connessione, stabilita dall'art. 100, non cessa se la domanda connessa è di valore inferiore a quello per cui è competente il giudice adito (28).

Torino, 15 giugno 1881, *Giur. tor.*, 1881, 598; Cass. Napoli, 29 gennaio 1883, *Legge*, 1883, I, 703. Contro: CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pag. 564.

(26) Cass. Torino, 13 settembre 1888, *Giur. tor.*, 1888, 645.

(27) Cass. Roma, 9 aprile 1910, *Cons. Conciliatori*, 1910, 164.

(28) MATTIROLO, I, n. 605; MORTARA, *Comm.*, II, n. 76; CASTELLARI, pag. 470, e concordi autorità italiane, francesi e tedesche ivi da lui citate, per ciò che riguarda la riconvenzione. Nel diritto germanico il Reg. proc. civ. riconosce il

Ora, le ragioni che hanno suggerito tal risoluzione per la riconvenzione e per la compensazione, militano ugualmente, secondo me, in favor di identica risoluzione per la chiamata in garantia. Il MORTARA (29), che pure è concorde con gli altri autori per l'accoglimento del principio nei casi di compensazione e di riconvenzione, lo nega per l'azione di garantia: infatti — così egli ragiona — gli artt. 101-102 autorizzano (come al n. precedente si è visto) nei casi di compensazione e di riconvenzione il giudice inferiore a rimettere all'autorità superiore non solo il giudizio sulla eccezione, eccedente i suoi limiti di competenza, ma puranco la connessavi primitiva azione, sicchè il giudice superiore si trova a poter conoscere non solo della eccezione, che è di sua competenza, ma anche dell'azione principale, che, assolutamente considerata, sarebbe di competenza inferiore. Da ciò si può facilmente dedurre che inversamente l'autorità competente per l'azione primitiva potrà congiuntamente giudicare della eccezione di valore inferiore. Ma la regola degli artt. 101-102 non si estende all'azione di garantia, cosicchè non può nemmeno estendersi ad essa la deduzione che da quegli articoli si trae.

Contro questo ragionamento, improntato a un inutile rigore, che porta, come lo stesso MORTARA riconosce, a un « resultato non degno di encomio », io considero soltanto quale è stato lo spirito del legislatore nello stabilire la competenza per valore: il legislatore ha voluto porre dei limiti di valore nella competenza dei giudici, affinchè magistrati istituiti per disbrigare controversie di poco conto e non quindi muniti di tutte quelle garanzie che occorrono per la decisione di liti più gravi, non si trovassero nel caso di dover decidere questioni eccedenti la loro idoneità; il legislatore, insomma, ha avuto di mira, nello stabilire i limiti della competenza per valore, il limite *massimo,* il varcare il quale avrebbe potuto produrre tutti quegli inconvenienti che non derivano affatto dal varcare il limite *minimo.* L'intenzione del legislatore, quando ha posto la misura della competenza per valore, è stata quella di evitare che il giudice inferiore decidesse una controversia di valore superiore; ma con ugual rigore non ha mirato ad evitare il contrario, obbedendo a un principio che il CHIOVENDA (30) formula così: « i limiti obiettivi della competenza sono sempre assoluti pel più, non sempre pel meno ».

Adunque, se pur, nella lettera del Codice, nulla espressamente

---

principio che la competenza dei Tribunali superiori racchiude in sè quella simile dei Tribunali inferiori (§ 10). V. *Relazione* PISANELLI, sugli artt. 101-102.

(29) *Comm.* II, n. 96.

(30) *Principii* (3ª ediz.), pag. 487.

autorizza a far giudicare dall'autorità superiore la chiamata in garantia di valore inferiore, mi parrebbe di andar contro lo spirito della legge se volessi rinunciare così ai certi vantaggi della competenza per connessione di causa, per obbedire alla competenza per valore, posta dal legislatore per evitare pericoli che in questo caso non esistono (31).

125. — Il garante, comparso nel giudizio tra garantito e controparte principale, può proporre, come ho già accennato (dietro, n. 107), domande così contro il garantito come contro il terzo molestante; ma sempre nei limiti della competenza per valore del giudice adito, salvo, in caso contrario, rinviare la cognizione di tali domande al giudice competente (32). Può peraltro accadere che il garante opponga contro la chiamata in garantia una domanda riconvenzionale che ecceda i limiti di competenza del giudice adito; in tal caso la questione riconvenzionale sarà rimandata per il giudizio al magistrato competente; ma siccome tal questione riconvenzionale non può essere scissa dall'azione che le ha dato luogo, deve, per l'art. 101 Cod. proc. civ., essere rinviata all'autorità superiore anche l'azione in garantia che, di fronte alla riconvenzionale, è l'azione principale, oppure l'azione di garantia, che è a sua volta subordinata all'azione di molestia, deve restare sottoposta, secondo l'art. 100 Cod. proc. civ., al giudice investito dell'azione subordinante di molestia?

Siccome l'opportunità processuale consiglia di trattare congiuntamente l'azione principale coll'azione riconvenzionale, piuttosto che l'azione di molestia coll'azione di garantia, crediamo che al giudice superiore, competente per la riconvenzione, dovrà esser rinviata anche l'azione di garantia, fermo restando dinanzi al giudice inferiore il giudizio sull'azione di molestia (33).

---

(31) Cass. Torino, 19 agosto 1885, *Giur. tor.*, 1885, 589, con nota favorevole. Un caso singolare è quello che può verificarsi dinanzi al pretore, quando si chiami un terzo in garantia in un giudizio possessorio: il pretore, che ordinariamente è competente *per valore* fino a millecinquecento lire, è competente in *materia* possessoria senza limiti di valore. Ora, se l'azione di molestia è un'azione possessoria, per la quale il pretore è competente senza limiti di valore, l'azione di garantia non è un'azione possessoria, e per conseguenza il pretore dovrà conoscere di essa soltanto nei limiti di valore ordinarî. Cass. Torino, 30 novembre 1870, *Giur. tor.*, 1871, 39.

(32) Cass. Napoli, 21 dicembre 1878, *Gazz. proc.*, XIII, 580; App. Torino, 2 marzo 1872, *Giur. tor.*, 1872, 362.

(33) Mortara, *Comm.*, II, pag. 141, nota 1; Cass. Firenze, 17 dicembre 1900, *Temi ven.*, 1901, 114: « Si applicano gli articoli 101 e 102 quando chi è chiamato in garantia in una causa vertente davanti al pretore, assumendo il debito controverso, propone la riconvenzione per somma superiore alla competenza pretoria ».

§ 4. — *Incompetenza per grado.*

126. — Quantunque la lettera dell'art. 100 Cod. proc. civ. escluda la efficacia della competenza per connessione soltanto nei casi di incompetenza *per materia* e *per valore,* bisogna ritenere, in base alle deduzioni che tra poco esporrò, che essa non può venire a derogare neppure alla competenza funzionale *per grado,* la quale, al pari della competenza stabilita su criterî obiettivi desunti dalla natura o dall'entità della causa, si basa sull'ordine pubblico ed ha quindi il carattere di una competenza assoluta.

Tale principio trova la sua applicazione nella questione che tuttora s'agita in dottrina e in giurisprudenza sulla proponibilità dell'azione di garantia per la prima volta in un giudizio di secondo grado.

127. — Disputano i romanisti se nel diritto romano fosse tempestiva la *denunciatio litis* fatta in sede di appello. Il frammento 29 D. *de evict.,* XXI, 2, già esaminato a suo tempo (dietro, n. 17), par che persuada la decisione affermativa: « QUOLIBET TEMPORE VENDITORI RENUNCIARI POTEST, *ut de ea re agenda adsit: quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione. Dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* ». E infatti gli interpreti, dai più antichi ai più moderni, ritengono, nonostante un frammento di LABEONE, che potrebbe far ritenere il contrario (34), che la denuncia di lite fosse ammessa anche in giudizio di appello, purchè il venditore non si trovasse ormai pregiudicato dal giudizio di primo grado e impedito di portare una efficace difesa. Secondo il detto di MARCIANO (35), « *provocationis remedio extinguitur sententiae pronunciatio* », talchè nel giudizio di appello, nel quale la lite ricomincia a esser trattata da principio, si devon poter adoprare tutti i mezzi di difesa già possibili in primo grado, tra i quali la denunzia della lite. Tale opinione già si trova nella Glossa di ACCURSIO (36), ed è confermata dagli scrittori del diritto comune (37) e dai più moderni romanisti (38), i quali tutti subordinano la ammissibilità della denunzia di lite in appello solo alla condizione che il

---

(34) L. 29, § 2, D. *de legatis,* III. V. dietro, n. 17, nota 18.

(35) L. 1, § 14, D. *ad S. C. Turpill.,* XLVIII, 16.

(36) Ad leg. 29, D. *de evict.,* XXI, 2, n. 2.

(37) MANGILIO, op. cit., quest. V, n. 8; GUZMAN, op. cit., quest. XII, n. 6; CABALLINI, op. cit., § III, n. 9; BURGUNDIO, op. cit., cap. LXIV, n. 5; CUIACIO *Rec. solemnis,* cit. (dietro, n. 17, nota 18); VOET, *Comm. ad Pandectas,* III, n. 23; CALLETIUS, op. cit., cap. I, n. 7.

(38) V. per tutti GLÜCK, *Pandette,* XXI, pag. 304 (trad. italiana già citata).

venditore non trovi pregiudicata la sua difesa dalla causa svoltasi in prima istanza, « *si omnia sint in integro* ».

La prevalenza della opinione che reputa ammissibile nel diritto romano la denunzia di lite anche in un giudizio di secondo grado non esclude che nel diritto vigente possa e debba prevalere la opinione contraria. Ho notato a suo tempo che la *denunciatio litis* del diritto romano differiva dalla nostra chiamata in garantia principalmente per questo: perchè non implicava la contemporanea proposizione dell'azione di regresso contro il garante e lasciava intatta la competenza ordinaria per il giudizio che potesse nascere sulla questione di garantia; cosicchè nel diritto romano il denunziare al garante la lite pendente in grado d'appello non costituiva affatto una deroga alla competenza assoluta.

128. — Non più in materia di semplice denunzia di lite, ma in materia di vera e propria chiamata in garantia, si riteneva in Francia, sotto l'impero dell'Ordinanza del 1667 che il garante potesse esser convenuto per la prima volta in appello, ed ivi, *omisso medio*, condannato dai giudici di secondo grado al risarcimento in favor del garantito; questa opinione pareva giustificata da quel carattere di stretta dipendenza che l'azione di garantia presenta di fronte all'azione di molestia, della quale deve seguire le sorti (39). In seguito, però, quando la legge del 1° maggio 1790 ebbe posto a base dell'ordinamento giudiziario il principio del doppio grado di giurisdizione, e quando il Codice del 1807 ebbe sancito, come conseguenza di tale principio, il divieto di proporre in sede d'appello domande nuove, non proposte in primo grado (art. 464), la dottrina e la giurisprudenza francese, considerando che la chiamata in garantia è di fronte al garante una domanda principale per la quale son necessarî i due gradi di giurisdizione, accolsero l'opinione perfettamente contraria a quella sostenuta dai commentatori dell'Ordinanza (40), e la inammissibilità della chiamata in garantia in un giudizio d'appello fu ritenuta con tale concordia, che, al dir del Joccoton (41), « il y aurait assurément de la témérité à combattre de front un point de doctrine qui parait aussi solidement établi ».

---

(39) Jousse (citato dal Joccoton, op. cit., pag. 387); Rodier, op. cit., tit. VIII, art. 2, quest. I.

(40) Carré, op. cit., quest. 773; De Paepe, op. cit., n. 60 e segg.; Boncenne, op. cit., III, 405; Glasson, *Précis*, I, 728; Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 392; v. « *Demande nouvelle* », nn. 69 e segg., n. 260 e segg.; Id., *Suppl.* alla stessa voce n. 35; Id., *Rép.*, v. « *Degrés de juridiction* », nn. 629 e segg.; Tissier et Darras, *Cod. proc. civ.*, art. 175, nn. 15, 16.

(41) Op. cit., pag. 386.

129. — L'opinione che prevale in Francia è generalmente accolta in Italia. Anche da noi l'argomento che si porta per escludere l'ammissibilità della chiamata in garantia per la prima volta in un giudizio d'appello è uno solo, ma di capitale importanza: la chiamata in garantia, si dice, costituisce una di quelle domande nuove che l'art. 490 Cod. proc. civ. vieta in sede d'appello, di guisa che, se essa fosse proposta per la prima volta in un giudizio di appello, verrebbe a esser violato nel garante il diritto al doppio grado di giurisdizione, che l'art. 490 consacra (42).

Contro questa ch'è la teoria quasi universalmente accettata, non mancano tuttavia, in Italia e in Francia, obiezioni nell'opposto senso, di cui è opportuno qui far parola.

E, prima di tutto, bisogna notare che qualcuno, per sostenere che la chiamata in garantia può esser proposta per la prima volta in appello, ricorre ad argomenti estrinseci desunti dall'espressione formale della nostra legge. Si adduce, a questo proposito, che la nostra legge, in quegli articoli 193 e segg. nei quali regola la chiamata in garantia, detta norme non solo per i giudizî di primo grado, ma anche per i giudizî d'appello, come si desume dalla epigrafe del Capo sotto cui son poste, concepita in questi termini: « Del procedimento formale davanti i tribunali civili *e le Corti di appello* »; e si aggiunge che la stessa, se avesse voluto escludere la proponibilità della chiamata in garantia in appello, lo avrebbe fatto espressamente, come ha fatto all'art. 491 Cod. proc. civ. per l'intervento in causa (43).

Di questi due argomenti, che si fermano alla lettera della legge senza interrogarne lo spirito, è facile fare una vittoriosa confutazione.

L'argomento desunto dalla epigrafe del Capo sotto il quale son poste le norme per la chiamata in garantia, appar destituito di importanza quando si consideri che le disposizioni contenute sotto que-

---

(42) Mattirolo, op. cit., VI, n. 811; Ricci, op. cit., I, 446; Mortara, *Appello civile* (*Dig. it.*, III, 2ª), n. 831; Gargiulo, op. cit., art. 193, nota XI; Id., *Appellazione* (*Enc. giur.*, I, 3ª), n. 541; Caberlotto, op. cit., nn. 29 e segg.; Pisanelli, *Comm. al Cod. Sardo*, IV, n. DCCCLX; App. Napoli, 12 settembre 1866, *Gazz. Proc.*, I, 278; Cass. Torino, 19 gennaio 1871, *Giur. tor.*, 1871, 149; Cass. Napoli, 17 giugno 1871, *Gazz. trib. Nap.*, XXIV, 155; App. Roma, 19 gennaio 1874, *Giur. it.*, 1874, II, 224; App. Genova, 16 marzo 1875, *Gazz. trib.*, XXVII, 423; App. Roma, 28 gennaio 1876, *Giur. it.*, 1876, II, 611; Cass. Torino, 25 settembre 1883, *Giur. tor.*, 1883, 1158; App. Palermo, 13 settembre 1886, *Legge*, 1887, 1, 561; Cass. Napoli, 18 settembre 1897, *Foro nap.*, 1897, 273; Cass. Palermo, 9 luglio 1898, *Annali*, 1898, 320; App. Genova, 27 febbraio 1899, *Temi gen.*, 1899, 142; Cass. Palermo, 14 febbraio 1903, *Foro sic.*, 1903, 156; Id., 28 aprile 1903, *Foro sic.*, 1903, 271; App. Ancona, 11 settembre 1907, *Corte di Ancona*, 1907, 251.

(43) Borsari, op. cit., art. 195, *c*).

sto Capo « in tanto sono applicabili ai giudizî di appello, in quanto non siano contrarie alla natura propria di questo giudizio, e alle disposizioni *speciali* che il medesimo governano » (44). E, d'altra parte, il sostenere che, se la legge ha espressamente vietato l'intervento in causa nell'art. 491 Cod. proc. civ., ha implicitamente inteso di permettere la chiamata in garantia, appare infondato quando si consideri che il divieto della chiamata in garantia è contenuto, secondo la dottrina prevalente, nell'art. 490 Cod. proc. civ., per il quale nel giudizio d'appello non si possono proporre domande nuove; cosicchè un espresso disposto di legge che contenesse lo specifico divieto della chiamata in garantia in sede d'appello sarebbe una superflua ripetizione (45).

Un'obiezione che ha maggiore apparenza di fondatezza è quella di chi sostiene che la chiamata in garantia non si può considerare come una di quelle domande nuove che l'art. 490 vieta in sede d'appello; poichè essa mira semplicemente a procurare al garantito i mezzi di difesa che il garante può fornire per respingere le pretese del terzo molestante, la chiamata in garantia, si dice, non ha il carattere di una domanda nuova, ma solo il carattere di una nuova difesa, di una nuova eccezione: nè si può quindi ragionevolmente dichiararla inammissibile in sede d'appello, perchè lo stesso art. 490 permette in sede d'appello nuove difese e nuove eccezioni (46).

Questo ragionamento, che è giusto in apparenza, ha il difetto di esaminare la questione da un solo punto di vista.

Quel carattere di *novità* della domanda che la legge vieta in appello, si verifica non solo quando contro una delle parti, *già presenti nel giudizio di primo grado,* venga proposta in appello una domanda che non fu proposta nel giudizio di prima istanza (domanda nuova in confronto delle stesse parti), ma anche quando venga proposta in appello una domanda che, pur non essendo nuova di fronte alle stesse parti, è diretta *contro chi non fu parte nel giudizio di primo grado* (domanda in confronto di nuove parti). Ora, quando si tenga presente questo duplice criterio secondo il quale si può determinare la novità di una domanda in appello, bisogna riconoscere che la chiamata in garantia, se non è una domanda nuova in confronto delle stesse parti, per le quali è semplicemente un nuovo mezzo di difesa, ha carattere innegabile di novità in confronto del garante, per il quale è una vera e propria domanda principale che dev'esser sottoposta a un doppio grado di giurisdizione. La chiamata in garantia, come più

(44) Mattirolo, op. cit., IV, n. 811.

(45) Ricci, op. cit., I, 446.

(46) Borsari, loc. cit.; Joccoton, loc. cit.

volte si è ripetuto, ha insieme uno scopo di difesa e uno scopo di offesa; per quello, nulla vieta ch'essa venga proposta per la prima volta in appello; per questo, deve ritenersi in appello assolutamente inammissibile.

Resta per ultimo contro la inammissibilità della chiamata in garantia in sede di appello, un argomento che il PESCATORE (47) desunse per il primo dall'art. 1647 del Codice Albertino, corrispondente all'art. 1640 del Codice Napoleone. Il ragionamento che il PESCATORE faceva per il detto articolo del Codice Albertino, si può ripetere per l'art. 1497 del vigente Cod. civ., ch'è sostanzialmente identico, nei seguenti termini: è stabilita in questo articolo la regola che « la garantia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare *con una sentenza passata in giudicato, senza chiamare in giudizio il venditore...* ecc. »; se, dunque, la chiamata in giudizio del garante può essere efficacemente fatta finchè la sentenza contro il garantito non sia passata in giudicato, è evidente che essa potrà esser fatta anche in sede d'appello, ove la sentenza non ha puranche il valore di cosa giudicata. Contro tale argomentazione, vien risposto che l'art. 1497 Cod. civ. non specifica nulla intorno al modo e al tempo in cui la chiamata in garantia debba proporsi, lasciandone la specificazione al Codice di procedura, cosicchè, nel conflitto tra l'art. 1497 Cod. civ. e l'art. 490 Cod. proc. civ., si deve dar la prevalenza a questo, che è una norma speciale (48). Inoltre secondo il MORTARA (49) la frase, contenuta in detto art. 1497, di « *chiamare in giudizio* il venditore » può benissimo interpretarsi nel senso di « agire in giudizio », « agire in garantia » in via principale, anzichè in via incidentale. « Il venditore citato per rilievo — scrive il ricordato autore — sia pure in separata sede, non si può liberare colla eccezione specificata nell'art. 1497, se non quando la sentenza a carico del compratore proferita sia passata in giudicato. Se non lo sia, ben si capisce che il venditore citato dal compratore abbia il diritto di indicargli le difese ed eccezioni che egli crede più valide ed acconcie per respingere l'azione evizionale. E, potendo allora il compratore far delle stesse utile sperimento, in sede di appello, si capisce altrettanto come la censura a lui mossa dal convenuto venditore perchè non se ne valse prima, sarebbe insufficiente a far decidere la sua lite col compratore ».

Nonostante tali confutazioni, non si può negare che l'argomento desunto dall'art. 1497 Cod. civ., presenta una notevole importanza;

(47) Op. cit., I, pag. 239.

(48) MATTIROLO, op. cit., IV, n. 811.

(49) *Appello civile*, n. 831.

poichè, in verità, non sembra molto naturale che « *chiamare in giudizio* » abbia qui il senso generico di *agire in giudizio,* anzichè quello specifico, particolarmente appropriato ai casi di garantia, di *chiamare a prestar la difesa nello stesso giudizio,* ove si svolge l'azione di molestia.

130. — Fatto così un rapido esame degli argomenti che militano pro e contro l'ammissibiiltà della chiamata in garantia in appello, dobbiamo, riassumendo, concludere che, di fronte alla parte avversaria del garantito, la chiamata in garantia fatta per la prima volta in appello di un terzo estraneo finora alla lite, non costituisce la proposizione di una nuova domanda, poichè essa mira soltanto a introdurre nel processo nuovi mezzi di difesa; di fronte al garante, al contrario, l'azione di garantia costituisce in sede d'appello una domanda nuova, la quale non può essere senz'altro decisa in seconda istanza, *omisso medio,* ma deve passare per il doppio grado di giurisdizione.

Non si potrebbe ora, conciliando tra loro queste opposte conclusioni, ammettere una chiamata in causa che permettesse al garantito di ottener dal garante la difesa contro il terzo molestante, e nello stesso tempo lasciasse intatto nel garante il diritto al doppio grado di giurisdizione? Non si potrebbe, in altre parole, a mo' di quello che accadeva nella *denunciatio litis* romana, chiamare il garante a prestar nel giudizio d'appello la difesa processuale, salvo discutere poi, in separata sede, dinanzi a un giudice di prima istanza sull'obbligo di garantia?

Ho già affermato, come principio generale, che l'intervento, volontario o coatto, del garante nella causa di molestia, deve ammettersi anche quando il giudice investito di questa causa è assolutamente incompetente a decidere dell'azione di garantia (dietro, n. 117): ma tale principio non è concordemente ammesso quando si tratta di incompetenza per grado, poichè la sua ammissibilità si fa dipendere dalla risoluzione di altre questioni, che è opportuno esporre qui brevemente.

131. — Una questione molto dibattuta è la seguente. Può il garante, non chiamato in causa nel giudizio di primo grado, intervenire *volontariamente* nel giudizio d'appello vertente tra garantito e terzo molestante?

L'art. 491 Cod. proc. civ. (art. 466 Cod. proc. civ. francese), stabilisce che « *nel giudizio di appello non si ammette intervento in causa, se non di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo* »; e l'art. 510 Cod. proc. civ. (art. 474 Cod. proc. civ. francese),

stabilisce d'altra parte che « *un terzo può fare opposizione a sentenza pronunciata tra altre persone, quando pregiudichi i suoi diritti* ». In base a questi due articoli si potrà dire che in tanto si dovrà riconoscere al garante la facoltà di intervenire volontariamente nel giudizio d'appello, in quanto gli si riconosca il diritto di formare opposizione di terzo contro la sentenza di primo grado, ossia in quanto si ritenga che tale sentenza pregiudica i suoi diritti.

Le condizioni necessarie per dar luogo alla opposizione di terzo sono due:

1) che, chi vuol proporla, sia un *terzo* in confronto al giudizio di primo grado, vale a dire non vi abbia preso parte nè in persona, nè per mezzo di rappresentante;

2) che la sentenza emanata in primo grado arrechi un vero e proprio *pregiudizio* ai diritti del terzo (50).

Che il garante, di fronte alla sentenza emanata tra garantito e controparte principale in un giudizio ov'egli non è stato chiamato, sia da considerarsi *terzo,* non è discutibile: egli non è stato personalmente parte in causa e non si può dire che vi sia stato rappresentato dal garantito, mentre, se il garante fosse intervenuto e avesse assunta la causa, sarebbe vero l'inverso (51). Nè, d'altra parte, sembra potersi fondatamente sostenere che la sentenza emanata contro il garantito non pregiudica gl'interessi del garante non intervenuto, quando si consideri che la soccombenza del garantito ricade in ultima analisi sul garante, e costituisce quindi quella *turbativa civile* che il PESCATORE pone a fondamento della opposizione di terzo (52). Maggiori difficoltà sorgono per ammettere tal pregiudizio nei casi di garantia formale, nei quali il garante, quando il garantito si sia mal difeso in primo grado, potrà sempre opporgli l'eccezione dell'art. 1497

---

(50) V. GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione del terzo,* capo IV, n. 87 e segg.; MATTIROLO, op. cit., IV, n. 967.

(51) GARSONNET, op. cit., VI, § 2473; GALLUPPI, op. cit., nn. 132 e 135; DE PAEPE, op. cit., n. 64. La qualità di *terzo* non si troverebbe nel garante che fosse stato parte nel giudizio di primo grado; cosicchè, secondo noi, il garante che è stato parte in prima istanza e non si è valso del suo diritto di appello contro la sentenza in quel giudizio emanata, non è ammissibile a intervenire volontariamente nel giudizio d'appello promosso da una delle altre parti, poichè non è ammissibile a fare opposizione di terzo contro la sentenza appellata (TALAUDIER, *Traité de l'appel,* pag. 298, e Corte Bruxelles, 7 febbraio 1848, *Pasier.,* 1848, II, 119); al contrario ritengono alcuni (DE PAEPE, op. cit., n. 64; RIVOIRE, *Traité de l'appel,* n. 326) che il garante avrebbe diritto d'intervenire in grado d'appello, poichè, se non vi intervenisse, egli avrebbe diritto di fare opposizione di terzo contro la sentenza d'appello che riformasse la sentenza di primo grado.

(52) Op. cit., I, 272.

Cod. civ. Contro tale argomento accolto da autorevoli interpreti (53), si può però rispondere (54) che non è sempre facile per il garante provare che il garantito si è difeso male, e che, quando tale prova non riuscisse o non fosse più possibile, il garante dovrebbe inchinarsi alla condanna senza più aver mezzo di sfuggire all'effettivo pregiudizio: ad evitare il quale deve adunque essergli permesso il rimedio straordinario della opposizione di terzo (55).

Ammesso, adunque, che il garante è tra le persone che hanno diritto di formare opposizione di terzo alla sentenza emanata tra garantito e controparte principale, è ammesso anche il suo diritto a intervenire volontariamente nel giudizio tra garantito e terzo molestante, vertente in secondo grado. Tale intervento sarà, naturalmente, un semplice intervento *ad adiuvandum*, per mezzo del quale il garante porterà tutti i nuovi mezzi di difesa che sono a sua disposizione e magari assumerà la lite allo scopo di far trionfare la causa del garantito, ma sempre restando nell'àmbito della questione dibattuta in primo grado, per non andar contro, col proporre domande nuove, alla disposizione dell'art. 490 Cod. proc. civ. (56).

132. — Ammesso che il garante possa volontariamente intervenire in un giudizio di secondo grado vertente tra garantito e terzo molestante, si deve ammettere anche che il garante possa esser *costretto* ad intervenire in tale giudizio?

La risposta a tale domanda dipende dalla risoluzione che si dà a una questione più generale: se l'intervento coatto su istanza di

---

(53) Chauveau in Carré, quest. 1681 *bis* e 1718 *bis*, seguendo l'opinione del Pigeau. In questo senso nella nostra dottrina: Gargiulo, op. cit., art. 491, n. V; Mortara, *Appello civile*, n. 828; Sabbatini, op. cit., n. 99.

(54) Mattirolo, op. cit., IV, n. 809; Carle, *Dell'appellazione*, pag. 61; Cuzzeri, op. cit., art. 491, nota 5. *Nota* alla sentenza contraria 31 agosto 1882, *Giur. tor.*, 1882, 697. Sull'ammissibilità dell'intervento del garante in appello, v. Cass. Torino, 29 marzo 1884, *Giur. tor.*, 1884, 325; Cass. Roma, 9 maggio 1887, *Giur. it.*, 1, 726; Cass. Torino, 25 settembre 1894, *Giur. tor.*, 1894, 834; App. Venezia, 15 marzo 1897, *Temi ven.*, 1887, 215; Cass. Palermo, 26 giugno 1900, *Foro sic.*, 1900, 437. Per la dottrina e giurisprudenza francese e belga, v. Dalloz, *Rép.*, v. « *Intervention* », n. 94, e concordemente Talaudier e Bourbeau, ivi citati; De Paepe, op. cit., n. 64. La giurisprudenza francese ammette l'intervento, tanto volontario quanto coatto, del garante anche nel giudizio di Cassazione; v. Dalloz, *Rép.*, v. « Cassation », nn. 340 e 1042, *Suppl.* alla stessa voce, n. 217; De Paepe, op. cit., n. 65.

(55) La pronuncia del giudice di primo grado che, su domanda del garantito accorda un termine per chiamare il garante, non pregiudica affatto il garante stesso (avanti, cap. VII), il quale quindi non può contro tale pronuncia formare opposizione di terzo. V. la mia Nota « *Sull'efficacia* ecc. », già citata.

(56) Mattirolo, op. cit., IV, n. 809, nota 1.

parte, regolato dall'art. 203 Cod. proc. civ., sia ammissibile anche in sede di appello. Senza trattare tale questione, che esorbiterebbe dal mio tema, mi limito a constatare che la dottrina è discorde in materia, e che tanto l'affermativa quanto la negativa sono sostenute da autorevoli proceduristi (57). Ora è evidente che, se si sostiene l'affermativa nella questione generale, bisogna anche sostenere l'affermativa nel caso speciale dell'intervento del garante.

Si tratta di un semplicissimo sillogismo, alla cui necessaria conclusione non si può sfuggire che negando una delle premesse: *prima premessa:* coloro che hanno diritto a intervenire volontariamente in un giudizio di appello, hanno l'obbligo di intervenirvi su istanza di parte; *seconda premessa:* il garante è tra coloro che hanno diritto a intervenire volontariamente in un giudizio di appello; *conclusione:* il garante ha l'obbligo di intervenire in appello su istanza di parte.

Per sfuggire a tale conclusione bisogna negare, ho detto, una delle premesse; infatti, ad esempio, lo CHAUVEAU, che ammette in appello l'intervento coatto in generale (prima premessa) (58), per non concludere che il garante ha l'obbligo di intervenire in appello su istanza di parte, è costretto a negare che il garante abbia diritto di intervenire volontariamente in un giudizio d'appello (seconda premessa) (59); il nostro MATTIROLO (60), al contrario, ammette che il garante possa intervenire volontariamente in appello (seconda premessa), ma nega che in appello sia ammissibile l'intervento coatto (prima premessa), sicchè giunge per diversa via alla stessa conclusione dello CHAUVEAU. Il GARSONNET, invece, che ammette tutt'e due le premesse, deve ammettere anche la conclusione: e infatti egli ritiene, come ho accennato già, contrariamente alla opinione prevalente, che la chiamata in causa del garante sia ammissibile per la prima volta in grado d'appello (61).

Bisogna peraltro tener bene a mente che il surriferito ragionamento può condurre a ritenere ammissibile in grado di appello non già la chiamata in garantia vera e propria, ma soltanto l'intervento

---

(57) Per l'affermativa: CARRÉ e CHAUVEAU, op. cit., quest. 1682; GARSONNET, op. cit., § 2135, e giurisprudenza da lui citata; BORSARI, op. cit., art. 491, nota 4; GARGIULO, op. cit., art. 491, nota 5, e « *Appellazione* », n. 554.

Per la negativa: DALLOZ, *Rép.*, v. « *Intervention* », n. 148; MATTIROLO, op. cit., IV, n. 800; MORTARA, *Appello civile*, n. 829; CUZZERI, op. cit., art. 491, nota 7; CARLE, op. cit., pag. 68; RICCI, op. cit., II, n. 538; SABBATINI, op. cit., nn. 106-107. V. nel MATTIROLO, loc. cit., copiosa giurisprudenza.

(58) In CARRÉ, op. cit., quest. 1682.

(59) In CARRÉ, op. cit., quest. 1681 *bis;* v. anche quest. 771.

(60) Op. cit., IV, n. 810.

(61) Op. cit., §§ 2135 e 2473.

coatto del garante *ad adiuvandum;* di questo mi pare non si sia reso abbastanza conto il GARSONNET, il quale non precisa ben chiaro questo punto: che dal garante costretto ad intervenire *ad adiuvandum* in appello si potrebbe esigere niente più di quello che egli avrebbe fatto se fosse intervenuto volontariamente. Si potrà infatti costringere il garante a intervenire in un giudizio d'appello per proporre, se ne abbia, nuovi mezzi di difesa del garantito; ma non si potrà costringerlo a sottoporre al giudizio d'appello la controversia che possa nascere sull'obbligo di garantia, il che sarebbe, come già ho detto, un'aperta violazione del principio del doppio grado di giurisdizione. Anche il PESCATORE, nel portare la già citata obiezione desunta dall'art. 1497 Cod. civ., non parla di vera e propria « chiamata in garantia », ma di « chiamata ad intervenire del garante »; poichè, secondo le sue parole, « l'intervento *ad adiuvandum* non include una nuova domanda, non muta i termini della questione decisa in prima istanza, benchè introduca un nuovo difensore in aiuto del primo (62).

Del resto, che *chiamata in garantia* sia diversa da *intervento coatto del garante* è dimostrato dal CUZZERI, il quale, pur non ammettendo in sede d'appello la prima, ammette in sede d'appello il secondo: per questo autore è ammissibile « solamente la chiamata del garante ad intervenire nella causa di evizione e non già il proporre contro di esso nel giudizio di appello conclusioni riguardanti l'obbligo suo di garantire » (63). Tale interpretazione concorda anche colla lettera del già citato art. 1497 Cod. civ., la cui espressione « *chiamare in giudizio* » si spiega così, anzichè nel significato generico di « *agire in giudizio* », in quello specifico di « *chiamare in causa a prestar la difesa* ».

---

(62) Op. cit., I, 239. V. anche BORSARI, op. cit., art. 195.

(63) Op. cit., art. 193, n. 3. Il MATTIROLO (IV, n. 810, nota) e il MORTARA (*Appello civile,* n. 83, nota 4) criticano questa opinione conciliativa del CUZZERI. Il MATTIROLO adduce che il garante non solo ha il diritto di godere un doppio grado di giurisdizione per ciò che concerne la decisione dell'obbligo di garantia, ma anche ha il diritto di portare la difesa in un doppio grado, senza poter esser costretto a portarla in secondo grado, quando non sarà più efficace; a ciò si può rispondere che, se veramente tale difesa in secondo grado non potrà più, per colpa del garantito, essere efficace come nel primo, il garante potrà rifiutarsi di prestarla; ma questo non significa che si debba in ogni caso ritenere inammissibile l'intervento coatto, che in certi casi può riuscire efficace. Il MORTARA fa poi una questione più di parole che di sostanza: « Ci sembra, egli dice, che l'idea di una *chiamata in garantia « ad adiuvandum »* sia composta di due termini tra loro, incompatibili, per non dire repugnanti »; ma con ciò egli par che non consideri che il CUZZERI, appunto per la diversità di questi termini, li scinde distinguendo la *chiamata in garantia* dall'*intervento coatto « ad adiuvandum »*. Contro l'ammissibilità dell'intervento coatto del garante: Cass. Roma, 31 agosto 1893, *Annali,* 1893, 1, 459.

133. — Riassumendo a questo punto le questioni esaminate fin qui, possiamo dire in conclusione che la chiamata in garantia non si può proporre per la prima volta in grado d'appello, per non ledere il diritto che ha il garante di sottoporre a un doppio grado di giurisdizione tale domanda che di fronte a lui è nuova; d'altra parte, se si ammette in generale l'intervento coatto su istanza di parte in appello, si deve ammettere in appello anche l'intervento coatto del garante, non già per investire i giudici di appello dell'azione di garantia, ma solo per mettere il chiamato in causa nella possibilità di unire le proprie difese a quelle del garantito contro il comune avversario (64).

134. — La regola che vieta la proposizione dell'azione di garantia per la prima volta in sede di appello deve secondo noi applicarsi senza nessuna eccezione; il diritto al doppio grado di giurisdizione, basato su un principio fondamentale d'ordine pubblico, non può in nessun caso esser violato.

Nè al rigor della regola potrebbe sfuggire il caso in cui il preteso garante fosse già parte nel giudizio di primo grado, poichè, anche in questa ipotesi la chiamata in garantia rivestirebbe quel carattere di novità che l'art. 490 Cod. proc. civ. vieta (65). Qualcuno vorrebbe ammettere che contro chi fu parte in primo grado, la chiamata in garantia può esser proposta per la prima volta in secondo grado solo quando è *un mezzo di difesa contro l'azione principale,* o quando è la *conseguenza dell'azione principale* (66), ma in verità non sappiamo vedere come questo possa esser considerato come un caso eccezionale, quando si pensi che sempre l'azione di garantia è una conseguenza dell'azione principale, e sempre ha, oltre che uno scopo di offesa contro il garante, uno scopo di difesa contro la parte avversaria.

Alcune eccezioni alla regola, determinate da circostanze specialissime, sono tuttavia accolte dalla giurisprudenza, la quale ammette che la chiamata in garantia può esser proposta per la prima volta in appello:

---

(64) Il Regolamento Greg. al § 871, stabiliva: « L'intervento necessario, anche all'effetto della garanzia o liberazione da molestie, non potrà essere ammesso nè ordinato che dai giudici di prima istanza ». Al contrario il *Motu-proprio* Piano, art. 591, stabiliva che la domanda di garantia potesse esser chiesta in qualunque stato di causa; uguale disposizione è nel Cod. del Vallese, art. 60.

(65) Dalloz, *Rép.*, v. « *Demande nouvelle* », n. 69; Id., v. « *Degré de juridiction* », n. 632.

(66) De Paepe, op. cit., n. 61; Dalloz, *Rép.*, v. « *Demande nouvelle* », nn. 262, 263.

1) quand'essa era già stata proposta in primo grado, ma i giudici non vi hanno deciso;

2) quando la circostanza da cui essa deriva è posteriore al giudizio di primo grado;

3) quando, per leggi speciali, l'azione di molestia non può essere introdotta che dinanzi al giudice d'appello.

Per portare esempî del primo caso, si trova deciso dalla giurisprudenza: che quando il tribunale, davanti il quale una persona è stata chiamata in garantia, abbia, decidendo sulla questione principale, rimandato la decisione sulla questione di garantia a dopo una più ampia istruzione, può la Corte d'Appello, investita della questione principale, decidere anche la questione di garantia, sebbene il nome del garante non si trovasse scritto nella sentenza di prima istanza; che un tribunale di appello può e deve decidere su una domanda in garantia presentata in prima istanza e sulla quale i primi giudici hanno omesso di pronunciare; che una domanda in garantia devesi ritenere aver subìto il primo grado di giurisdizione, anche quando il tribunale, respingendo la domanda principale, non vi ha pronunciato (67).

Esempî del secondo caso sono dati dallo CHAUVEAU (68); il più caratteristico è il seguente: *C* con sentenza di prima istanza confermata in appello, ha ottenuto la condanna di *A* al pagamento di una somma in suo favore, e cede a *B* l'ammontare di tale condanna. *B* si dispone a procedere all'esecuzione, quando *A* attacca la sentenza per mezzo della revocazione. *B* allora chiama *C* in garantia direttamente dinanzi alla Corte d'Appello ove il giudizio di revocazione è pendente, e la Corte assolve *A* dalla condanna, ma condanna *C* a risarcire *B* (69).

---

(67) DALLOZ, *Rép.*, v. « *Demande nouvelle* », nn. 79-80. In questo senso la Cass. Torino, 30 marzo 1886 ha ritenuto che « sebbene il primo giudice trovando immatura la domanda di garantia l'abbia rinviata ad altro giudizio pronunziando soltanto sulla domanda principale, può tuttavia il giudice d'appello, ravvisando mature tutte e due le domande, anche per le nuove prove fornite nel secondo grado, pronunciare su entrambe, senza violare il principio del doppio grado di giurisdizione » (*Giur. tor.*, 1886, 463). Ha giudicato peraltro la stessa Cassazione che « autorizzandosi in appello la chiamata in garantia di un terzo che era stata respinta dal primo giudice deve la causa rinviarsi al primo giudice e non può quindi ordinarsi che la chiamata in garantia segua davanti allo stesso giudice d'appello » (Cass. Torino, 12 giugno 1895, *Giur. tor.*, 1895, 650).

(68) In CARRÉ, op. cit., quest. 771 *bis*.

(69) Anche nel DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exception* », n. 394 si trovano casi analoghi. Non importa avvertire che, se una nullità fosse stata commessa in occasione di un giudizio in cassazione, l'azione di garantia impropria contro l'autore di tale nullità non potrebbe essere sottoposta alla Corte Suprema, la quale non

E, finalmente, un esempio del terzo caso si potrebbe verificare in virtù dell'art. 103 Cod. proc. civ., il quale dispone che le azioni per pagamento di onorarî dei procuratori sono di competenza della autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che dette occasione a tali azioni. In questa ipotesi, poniamo che un procuratore debba esser compensato da due clienti, solidalmente obbligati, per le funzioni da lui prestate in un giudizio d'appello: se il procuratore cita uno solo dei debitori dinanzi alla Corte d'Appello, il citato ha diritto di esercitare in questa sede l'azione di garantia contro il condebitore per la quota alla quale è tenuto (70).

135. — La inammissibilità della chiamata in garantia proposta per la prima volta in sede d'appello deve esser dichiarata d'ufficio, o soltanto se il terzo garante si oppone a restare in causa?

In Francia la questione è controversa: alcuni autori opinano che stia al garante chiamato in causa eccepire che egli ha diritto a un doppio grado di giurisdizione, essendo questo un vantaggio che gli è personale, senza interessare l'ordine pubblico, al quale basta che il principio dei due gradi di giurisdizione sia stato salvaguardato nella questione principale (71); secondo altri autori, invece, il silenzio e l'adesione del garante chiamato per la prima volta in appello non copre l'incompetenza del giudice di secondo grado a giudicar la

---

ha giurisdizione di merito. V. DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 397, e v. « *Cassation* », n. 1135.

(70) V. CHAUVEAU, loc. cit. Una questione molto dibattuta nella dottrina e nella giurisprudenza francese, è quella che riguarda la proponibilità in sede di appello di un'azione di risarcimento contro l'usciere a causa della nullità dell'atto di appello da lui notificato. In base all'art. 73 del decreto 14 giugno 1813, secondo il quale ogni condanna degli uscieri per responsabilità relative alle loro funzioni dev'essere pronunciata dal Tribunale di prima istanza del luogo della loro residenza, sostengono alcuni che l'usciere, anche per le nullità commesse nel notificare l'atto d'appello, dev'essere citato davanti al Tribunale di prima istanza; altri invece distinguono tra la domanda di nullità della citazione che può esser portata direttamente davanti alla Corte d'Appello, e la domanda di danni che dev'esser portata dinanzi al Tribunale. Non è questo il luogo per approfondir la questione che riguarda esclusivamente la dottrina francese. V. in proposito: CHAUVEAU, loc. cit.; BONCENNE, op. cit., III, 406; JOCCOTON, op. cit., n. 272; DE PAEPE, op. cit., nn. 22-23; GARSONNET, op. cit., § 2135, nota 4; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Degrés de juridiction* », n. 634; ID., *Suppl.*, v. « *Demande nouvelle* », n. 35.

(71) CARRÉ, op. cit., quest. 1676; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 773 *bis*. V. GARSONNET, § 2123, sul carattere d'interesse privato che ha il principio della non ricevibilità di domande nuove in appello. V. TISSIER et DARRAS, op. cit., art. 175, nn. 28-29.

questione di garantia, incompetenza che è assoluta e radicale e quindi dichiarabile di ufficio (72).

In Italia la questione non ha ragione d'essere, poichè l'art. 490, ricopiando dall'art. 550 del Codice Sardo 1859 un precetto che non si leggeva nei Codici precedenti e non si legge nel Codice francese (73), espressamente stabilisce che, se vengono proposte nel giudizio di appello domande nuove, debbono rigettarsi anche *d'uffizio*. Ora, siccome la chiamata in garantia rientra tra quelle domande nuove che l'art. 490 Cod. proc. civ. vieta, vien di conseguenza che la chiamata in garantia proposta per la prima volta in appello debba rigettarsi d'ufficio: essa costituirebbe infatti una deroga alla competenza per grado, che è di ordine pubblico (74).

---

(72) BONCENNE, III, 416; TISSIER et DARRAS, art. 175, n. 31.

(73) MORTARA, *Appello civile*, n. 768.

(74) MATTIROLO, op. cit., IV, n. 767; GARGIULO, op. cit., art. 193, nota XI; CUZZERI, op. cit., art. 490, nota 11. Non contraddice a questo principio la Cass. Napoli, 21 luglio 1868, *Gazz. giur.*, XXI, 1, 596, decidendo: « Chi è chiamato ad intervenire in causa di appello onde assumervi la garantia della lite, se invece di chiedere d'esser posto fuori causa assume le veci della parte che lo chiamò in garantia, in caso di condanna non può dire violato l'art. 490 Cod. proc. civ. »; in questo caso, infatti, non essendo controverso l'obbligo di garantia, non è violato il doppio grado.

SEZIONE QUARTA

SUL PROCEDIMENTO DELLA CHIAMATA IN GARANTIA

A) — Procedimento di cognizione

136. — Il procedimento che la nostra legge stabilisce per l'esercizio della chiamata in garantia, può, per comodità di trattazione, dividersi in tre periodi principali:

1) periodo *introduttivo,* che comincia da quando viene proposta la domanda di garantia e va fino al momento nel quale il garante compare nella causa di molestia o dovrebbe comparirvi (articoli 193, 194, 195, 196, 197, 422, 449 Cod. proc. civ. e 32 R.D. 31 agosto 1901);

2) periodo *preliminare,* che dalla comparizione del garante va fino al momento in cui il processo di merito riprende definitivamente il suo corso, dopo che si sono decise tutte le questioni incidentali volte a regolare la unione della causa di molestia colla causa di garantia e la posizione che nella causa di molestia deve prendere il garante (art. 199 Cod. proc. civ.);

3) periodo *di merito,* che comincia dal momento in cui il garante ha preso definitivamente la sua posizione nel processo e che dura per tutto lo svolgimento di questo, fino alla pronuncia della sentenza (art. 198 Cod. proc. civ.).

Mentre nei due primi periodi le regole sono comuni alla garantia semplice ed alla garantia formale, nel terzo si hanno notevoli differenze di procedimento secondo la diversa natura della garantia.

Sarà dedicato un capitolo a ciascuno di questi tre periodi.

Capitolo VII

PROPOSIZIONE DELLA CHIAMATA IN GARANTIA

Sommario

137. Cenni generali.

§ 1. — *Termine per proporre la chiamata in garantia.*

138. Di qual termine s'intende parlare. — 139. Termine per la comparizione del garante: art. 193 Cod. proc. civ., capoverso. — 140. Sistema francese sul

termine per la proposizione della chiamata in garantia. — 141. Termini per la proposizione della chiamata in garantia nella nostra legge. — 142. *a*) Procedimento formale: art. 193 Cod. proc. civ. — 143. *b*) Procedimento sommario: art. 32 R. D. 31 agosto 1901. — 144. *c*) Procedimento dinanzi ai pretori: art. 422 Cod. proc. civ. — 145. *d*) Procedimento dinanzi ai conciliatori: art. 449 Cod. proc. civ. — 146. Citazione preventiva del garante. — 147. Motivi di sospensione del termine. — 148. Art. 177 Cod. proc. civ. francese. — 149. È in facoltà del giudice negare d'ufficio il termine richiesto? — 150. *Quid* nei giudizî possessorî? — 151. Appellabilità della sentenza che accorda il termine. — 152. Analisi del termine nei diversi procedimenti. — 153. Termine per la sub-garantia: art. 194 Cod. proc. civ. — 154. Applicabilità di esso al procedimento dinanzi ai pretori e conciliatori.

§ 2. — *Modo di proporre la chiamata in garantia.*

a) Di fronte al terzo molestante.

155. Necessità della notificazione. — 156. Art. 196 Cod. proc. civ. - Confutazione di una teoria del Borsari. — 157. Forma della notificazione nel procedimento formale. — 158. Forma della notificazione negli altri procedimenti.

b) Di fronte al garante.

159. Citazione nelle forme ordinarie. — 160. Nullità della chiamata in garantia proposta per comparsa.

§ 3. — *Effetti della proposizione della chiamata in garantia.*

161. Sospensione *ipso iure* della causa di molestia: a quali condizioni. — 162. Effetti della inosservanza del termine di fronte al terzo molestante. — 163. Effetti di tale inosservanza di fronte al garante. — 164. Il garante non può eccepire tale inosservanza. — 165. Possibile riunione delle due cause nonostante tale inosservanza. — 166. Art. 178 Cod. proc. civ. francese.

137. — Dall'obbligazione di garantia sorge nel garantito il diritto ad essere difeso dal garante nella causa di molestia. È evidente che, per render possibile al garantito il sodisfacimento di tale diritto, bisogna fare in modo che il garante possa intervenire a respinger la molestia quando il giudizio pende in istruttoria, altrimenti il suo intervento non potrebbe aver più nessuna efficacia difensiva; ma, siccome la chiamata in garantia — la quale, di fronte al terzo molestante, ha, come si è visto (dietro, n. 75), il carattere di una eccezione — è, di fronte al garante, una domanda principale introduttiva di un nuovo giudizio, il garante, dal momento in cui gli sarà stata notificata tale chiamata, ha diritto di avere a sua disposizione, prima di comparire, quel termine minimo che l'art. 147 Cod. proc. civ. stabilisce. Cosicchè, non potendosi costringere il garante a intervenire immediatamente nel giudizio di molestia, occorrerà sospendere questo giudizio fino a che il garante non compaia nel termine minimo al quale ha diritto: infatti il primo effetto della chiamata in garantia

regolarmente proposta, è la *sospensione* della causa di molestia fino al giorno dell'arrivo del garante.

Siccome la chiamata in garantia ha, da una parte, il carattere di eccezione contro la domanda di molestia, che, per virtù di essa, resta sospesa, dall'altra il carattere di azione contro il garante, che per virtù di essa, è costretto a venire in giudizio, è evidente che la proposizione della chiamata in garantia interessa due parti, cioè il terzo molestante ed il garante: per questa ragione la chiamata in garantia per essere giuridicamente efficace dev'essere portata a cognizione tanto del garante, mediante una ordinaria citazione a comparire in giudizio, quanto al terzo molestante, mediante comunicazione scritta, o anche, in certi casi, orale.

Il primo effetto della chiamata in garantia portata a cognizione del terzo molestante è, come si è detto, la sospensione del giudizio di molestia; ognun vede di quali abusi a danno della controparte tal fatto potrebbe esser causa, se a qualunque punto del giudizio una delle parti avesse il modo di interrompere la trattazione della lite, manifestando la sua intenzione di chiamare un garante, magari fittizio, allo scopo di mandare in lungo il processo.

Ad evitare simili abusi deve in qualche modo intervenire la legge. Si potrebbe immaginare, che il legislatore, per raggiungere la repressione dei possibili abusi, avesse subordinato l'esercizio della chiamata in garantia a una preventiva autorizzazione del giudice, al cui acume fosse rimesso distinguere le domande fondate da quelle dolose e defatigatorie. Ma questo non è il sistema seguìto dalle leggi francesi, al quale il nostro Codice processuale si conforma. « Qui veut amener garant — dice il Boncenne, ripetendo una regola dell'antica dottrina (1) — n'est point obligé de se pourvoir d'un mandament préalable de la justice; e l'Ordinanza del 1667, tit. VIII, art. 1, espressamente stabiliva che i garanti « seront assignez *sans commission ou mandement de juge* » (2). Il nostro legislatore ha seguìto rigidamente questo principio, non esigendo neppure, come pure esigeva l'Ordinanza del 1667 (tit. VIII, art. 4), che la domanda in garantia sia corredata anche di fronte al terzo molestante di documenti giustificativi che le diano una sia pur superficiale apparenza di fondatezza.

Il subordinare la chiamata in garantia a un esame anche di semplice delibazione fatta dal giudice sul merito della domanda, contraddirebbe:

1) a quel principio che informa il nostro diritto processuale se-

---

(1) Op. cit., III, pag. 382.

(2) Pothier, *De la procédure*, parte I, cap. II, sez. VI, art. 2, § III.

condo il quale chi vuol citare in giudizio non ha bisogno di chiederne il permesso al giudice (3);

2) a quel principio secondo il quale non si può decidere su una questione se non si è sentita la parte interessata, mentre il giudice che riconoscesse preventivamente la fondatezza dell'azione in garantia potrebbe recare un effettivo pregiudizio ai diritti del garante non ancora citato (4).

Per queste ragioni, adunque, il giudice non ha un potere discrezionale per concedere o negare il termine, secondo che egli creda o non creda fondata la domanda di garantia. Vedremo che dinanzi ai Tribunali nel procedimento sommario, e sempre nel procedimento pretoriale e conciliatoriale, la chiamata in garantia può essere proposta in udienza, col chiedere al giudice un rinvio per far comparire il garante: orbene, neppure questo ordine che il magistrato dà per permettere il rinvio, è subordinato a criterî di apprezzamento: anche qui la concessione del rinvio non ha un carattere di autorizzazione a presentar la domanda di garantia, poichè, salva la opposizione della controparte, il giudice non può in nessun modo di proprio arbitrio negarlo, anche se gli sembrasse che la richiesta è fatta al solo scopo di mandare in lungo la causa (avanti, n. 149) (5).

Seguendo il sistema francese, il nostro legislatore ha ritenuto che il mezzo più pratico per reprimere gli abusi ai quali può dar luogo, in relazione al terzo molestante, la domanda di garantia, fosse quello di limitare *nel tempo* la facoltà di proporre la chiamata in garantia. Ecco da questa considerazione sorgere il concetto di un *termine*

---

(3) Lessona, *Manuale*, n. 120; Chiovenda, *Principii* (3ª ediz.), pag. 640.

(4) In altre legislazioni una preventiva autorizzazione del giudice è richiesta per la chiamata in garantia. Per esempio il Codice Ginevrino richiede che si alleghi un *giusto motivo* per chiamare in causa il garante (art. 61); qualcosa di simile è nel Codice di Vaud (art. 143) e nel Codice Cileno per il quale la chiamata si deve proporre al giudice provando che la decisione ne sarà sollecita (art. 741).

(5) Biagi, scritto cit., pag. 5 e 6; Caberlotto, op. cit., n. 15; Mortara, op. cit., III, n. 447; Cass. Torino, 1° luglio 1868, *Mon. trib.*, 1868, 797; Cass. Firenze, 14 luglio 1887, *Temi ven.*, 1887, 430; App. Napoli, 31 marzo 1909, *Gazz. proc.*, XXXVI, 112. La pronuncia del giudice che concede un rinvio per mettere in causa il garante non implica mai un pregiudizio delle ragioni che il chiamato in causa possa avere per respingere l'azione di garantia; neppure quando il giudice conceda tale rinvio respingendo la opposizione del terzo molestante, che sostiene infondata la chiamata in garantia: v. su questo punto la mia Nota « *Sulla efficacia...* ecc. », già citata. In alcune leggi della Svizzera tedesca è detto che nè la controparte, nè il giudice possono fare apprezzamenti sull'interesse che il denunziante abbia a proporre la denunzia (Legge di Zurigo, § 248, Legge di Sciaffusa, § 123, capov. 2°).

entro il quale il garantito deve proporre la domanda di garantia, se vuole che essa abbia la virtù di far sospendere la causa di molestia: la facoltà di esercitare l'azione di garantia, mentre non ha limiti di fronte al garante se l'azione viene esercitata in via principale, ha un limite quando si voglia ricorrere all'esercizio di essa nella forma incidentale: in questo caso la domanda di garantia dev'essere proposta, per riguardo al terzo molestante, in un periodo preliminare della causa di molestia, oltre il quale essa non ha più la forza di far sospendere la lite ormai avviata alla decisione.

§ 1. — *Termine per proporre la chiamata in garantia.*

138. — Bisogna chiarir bene che, quando si parla di un termine per proporre la chiamata in garantia, si intende quel termine entro il quale la parte in causa che voglia chiamare un garante deve proporre la domanda di garantia, allo scopo di far sospendere la causa di molestia, non già di quell'altro termine che, dalla proposizione della chiamata in garantia è assegnato al garante per comparir nella causa di molestia, la quale, durante questo termine, resta sospesa. Il primo è un termine di natura speciale, stabilito, come si è detto, affinchè il garantito non possa a qualunque punto del processo interrompere l'andamento del giudizio, per quella stessa ragione per la quale l'art. 187 Cod. proc. civ. stabilisce che l'eccezione di incompetenza relativa dev'esser proposta prima di ogni altra istanza o difesa; il secondo è invece quell'ordinario termine che, secondo l'art. 147 Cod. proc. civ., compete a tutti coloro che vengon chiamati in giudizio, più o meno lungo in ragione della distanza del loro domicilio.

139. — Su questo secondo termine, assegnato per comparire al garante, non è necessario soffermarci a lungo, poichè non ha niente di diverso da quei termini che competono a chiunque sia chiamato in giudizio (6).

Ad esso si riferisce una speciale disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 193 Cod. proc. civ., secondo la quale, « *nel caso di più convenuti in garantia si osserva la disposizione dell'art. 151 Cod. proc. civ.* »; dell'art. 151 si può applicare ora, poichè per la Legge 31 marzo 1901 tutte le citazioni si fanno a udienza fissa, soltanto il

(6) Se il garantito fosse citato dal terzo molestante a termini abbreviati (articolo 154 Cod. proc. civ. corrispondente all'art. 72 francese) non per questo potrebbe, senza ulteriore autorizzazione del giudice, citare a termini abbreviati il garante. V. GARSONNET, op. cit., § 943, nota 6.

capoverso, che dispone: « *Se si tratti di citazione per comparire a udienza fissa, i convenuti devono tutti essere citati per la udienza medesima, salvo ad essi il termine che loro compete* ».

Cosicchè, se uno dei litiganti vuol chiamare in causa contemporaneamente più garanti (per esempio più venditori di uno stesso immobile) domiciliati in luoghi diversi, deve chiamarli in causa tutti per la stessa udienza, assegnando a tutti un termine uguale al termine cui, secondo l'art. 147, ha diritto quello tra i garanti che è domiciliato più lontano (7).

140. — Una capitale importanza ha invece il termine assegnato al garantito, entro il quale egli deve proporre la sua domanda in garantia se vuole che essa abbia quegli effetti processuali sulla causa di molestia, che spiegherò in seguito.

Si è visto che nel diritto romano non esisteva, per proporre la denunzia di lite, un vero e proprio termine perentorio. Un sistema volto a regolare i termini in relazione alla chiamata in garantia, si deve cercare per la prima volta nell'Ordinanza francese del 1667, fedelmente imitata dall'attuale Codice di procedura civile francese. Già dai pratici del *droit coutumier*, si lamentava che la chiamata in garantia fosse molte volte un pretesto per guadagnar tempo, « *tricherie pour gaigner du temps* » (8), quando, per esempio, un convenuto annunziava arditamente, sul principio della causa, di voler chiamare un garante, e poi, allo scader del lunghissimo termine concessogli, si scopriva che nessun garante era stato citato e che la chiamata in garantia era stata tutta una menzogna. Ad evitare simili frodi l'Ordinanza del 1667 e poi il Codice del 1° gennaio 1807 stabilirono delle cautele riguardanti il termine, le quali si possono profilare secondo due sistemi.

Il primo sistema, usato in Francia per i Tribunali, è il seguente. Quando ad alcuno vien notificata una citazione per comparire in giudizio, se egli vuol chiamare un terzo a garantirlo dagli effetti della azione contro di lui intentata con questa citazione, deve eseguire la chiamata di questo preteso garante entro un termine che comincia a decorrere subito, fin dal momento in cui la suddetta citazione gli è stata notificata: tal termine è fissato dalla legge a un minimo di

---

(7) La regola è chiaramente espressa dell'art. 175 Cod. proc. civ. francese, secondo il quale « *s'il y a plusieurs garants intéressés en la même garantie, il n'y aura qu'un seul delay pour tous, qui sera réglé selon la distance du lieu de la demeure du garant le plus éloigné* » (art. 15, tit. VIII dell'Ordinanza); ed è accolta da tutti i Codici a tipo francese.

(8) Boncenne op. cit., III, 384; Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 437.

otto giorni, ma può essere aumentato secondo la distanza che passa *tra il domicilio del garantito e quello del garante,* in modo che colui che vuol chiamare in garantia abbia il tempo di far notificare la chiamata in garantia al preteso garante e di riavere l'atto di citazione di ritorno (9). Il garante, una volta intimatagli la citazione, ha diritto al termine minimo per comparire al quale hanno diritto tutti coloro che vengono chiamati in giudizio, termine che varierà secondo la distanza che passa *tra il domicilio del garante e la sede del tribunale al quale egli viene citato.* In base a questo sistema, possono darsi varî casi: o che il garante debba comparire prima del giorno nel quale il garantito deve comparire per rispondere alla domanda principale; o che vi debbano tutti e due comparire nello stesso giorno; o che il garante debba comparire dopo il giorno nel quale deve comparire il garantito.

Nei primi due casi, la lite di molestia non dovrà essere sospesa per attendere la comparizione del garante; ma nel terzo caso, qualora il garantito abbia comunicato alla controparte di aver proposto nel termine la sua domanda in garantia, la causa di molestia dovrà essere sospesa fino alla comparizione del garante (10).

Un sistema diverso è tenuto per il procedimento dinanzi ai giudici di pace, simile a quello dei nostri pretori: l'intenzione di chiamare un garante dev'essere manifestata in udienza nel giorno della prima comparizione, e il giudice di pace assegna a partir da questo giorno un termine entro il quale la chiamata dev'essere notificata al garante e alla fine del quale il garante deve comparire (11), nell'udienza a cui la causa di molestia è stata rinviata.

Per regolare il termine, tutte le procedure hanno cautele simili, imitatrici dell'uno o dell'altro dei due sistemi suesposti. Alcune stabiliscono per la chiamata in garantia un termine decorrente dal giorno in cui è stata notificata al garantito la citazione iniziatrice del giudizio di molestia; altre invece richiedono che la chiamata in garantia sia proposta in udienza, preliminarmente, e che da questo momento decorra per la chiamata del garante il termine determinato dal giudice (12).

---

(9) Ordinanza (tit. VIII, art. 2); Cod. proc. civ., artt. 175 e 1033 modificato dalla Legge 3 maggio 1862. V. GARSONNET, op. cit., §§ 524 e 943.

(10) Ordinanza (tit. VIII, art. 5); Cod. proc. civ., art. 179. Ugualmente la causa dev'esser sospesa se il garantito debba comparire in Tribunale prima che sia scaduto il termine che l'art. 175 gli concede per chiamare il garante. V. GARSONNET, op. cit., § 445 e segg., che fa con minuta precisione le ipotesi di tutte le situazioni processuali alle quali può dar luogo il diverso scadere dei termini.

(11) Art. 32 Cod. proc. civ.

(12) V. per le norme sul termine: Cod. Sardo, artt. 122 e 257; Cod. Par-

141. — Il termine in relazione alla chiamata in garantia è diverso nella nostra legislazione secondo che si tratti di procedimento dinanzi ai Tribunali, o dinanzi ai pretori, o dinanzi ai conciliatori. Il termine stabilito per il procedimento davanti ai Tribunali è a sua volta diverso secondo che si tratta di procedimento formale o di procedimento sommario. Esaminiamo la misura del termine in ciascuno di questi casi, riservandoci di trattare in seguito le questioni attinenti.

142. — *a*) Per il procedimento formale dinanzi ai Tribunali l'articolo 193 Cod. proc, civ. stabilisce: « *Chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne domanda nel termine stabilito per rispondere* ».

Questo articolo aveva, prima della Legge 1901 che riformò il procedimento sommario, un significato diverso da quello che ha ora.

Prima della Legge del 1901 nelle citazioni in via formale non si determinava una udienza fissa per la comparizione del convenuto, sibbene un termine *entro* il quale il convenuto dovesse costituirsi: costituitesi, nel termine indicato nella citazione, le parti, il procuratore del convenuto doveva notificare al procuratore dell'attore la sua risposta « entro quindici giorni dalla scadenza del termine della citazione » (art. 164 Cod. proc. civ.) (13); in questo termine appunto (14) doveva, prima della riforma del 1901, proporsi la chiamata in garantia (15).

---

mense, art. 220; Cod. Estense, art. 488; Cod. Napoletano, art. 269; Reg. Toscano, art. 241; Reg. Gregoriano, § 864; Cod. Monegasco, art. 267; Cod. Ginevrino, art. 61; Cod. di Vaud, artt. 146 e 154; Cod. Portoghese, art. 322; Cod. Cileno, art. 741; Cod. civ. Spagnolo, art. 1482. Secondo il Codice del Vallese, art. 60, la chiamata in garantia può aver luogo in ogni stato di causa; ugual disposizione era nel *Motu-proprio* Piano, art. 591. La denuncia di lite, la quale non produce, come la chiamata in garantia, alcuna sospensione nella causa principale, può esser validamente fatta fino a che la causa principale non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato (Reg. proc. civ. Germanico, § 72; v. WACH, *Handbuch*, pag. 659); ma anche per essa si trovava stabilito un termine nel Reg. Giuseppino, § 58, e nel Reg. Lombardo-Veneto, § 49.

(13) Se si tratta di causa commerciale il termine per rispondere è di giorni cinque (art. 394 Cod. proc. civ.); se i termini sono abbreviati secondo l'art. 172 Cod. proc. civ., si abbrevia anche il termine per proporre la chiamata in garantia.

(14) E non, come mostra di credere il BORSARI, op. cit., art. 193, e il SAREDO, *Istit.*, I, n. 529 (3ª ediz.), nel termine per comparire, fissato con misure diverse, secondo la distanza dei luoghi, dagli art. 147 e segg. Cod. proc. civ.; il termine per comparire è quello determinato dalla citazione, entro il quale le parti devono costituirsi per mezzo di procuratore (artt. 158-159 Cod. proc. civ.) ed è un termine variabile: quello per rispondere è invece un termine fisso di quindici giorni che comincia a decorrere soltanto dalla scadenza del primo, non dal giorno in cui l'altra parte siasi realmente costituita.

(15) MATTIROLO, op. cit., III, n. 781.

Si è visto che la chiamata in garantia può essere proposta tanto dal convenuto quanto dall'attore; ora, come già altrove ho rilevato, l'art. 193, stabilendo il termine, ha di mira evidentemente il solo caso in cui essa sia proposta dal convenuto, perchè al solo convenuto è assegnato un termine *per rispondere* alle domande dell'attore. A questa inesattezza della legge, giustificata dal considerare che essa dà norme *de eo quod plerumque fit,* ha rimediato unanime la dottrina stabilendo che l'attore potrà chiamare in causa un garante entro quel termine di quindici giorni, decorrente dalla notificazione della risposta del convenuto, che l'art. 165 Cod. proc. civ. gli assegna per replicare (16).

La legge 31 marzo 1901, sulla riforma del procedimento sommario, abolì le citazioni a comparire *entro* un termine, e stabilì col suo art. 1, che tutte le citazioni devono esser fatte a udienza fissa. In base a tale modificazione, il termine per rispondere, durante il quale la chiamata in garantia deve esser proposta nelle cause a procedimento formale, non decorre più dalla scadenza del termine *entro* il quale il convenuto deve costituirsi; ma comincia a decorrere dalla scadenza dei cinque giorni stabiliti dall'art. 2 Legge 1901, per fare il deposito dei documenti in seguito al provvedimento che ordina proseguirsi la causa a rito formale. Tutte le cause, in altre parole, si iniziano a rito sommario: affinchè una causa prosegua a rito formale, occorre che ciò sia ordinato dal giudice, su istanza delle parti o anche d'ufficio; dalla data del provvedimento che ordina tal mutazione di rito, decorre un termine di cinque giorni per il deposito dei documenti; dalla scadenza di questo termine, comincia a decorrere il termine per rispondere di quindici giorni (art. 164 Cod. proc. civ.) o di cinque (art. 394 Cod. proc. civ.), secondo che la causa sia civile o commerciale. In questo termine appunto dev'essere proposta la chiamata in garantia (17).

---

(16) PATERI, *Gli atti della procedura civile* (2ª ediz.), II, n. 588; Cass. Napoli, 27 ottobre 1906, *Diritto e giur.*, XXII, 557. Nella stessa inesattezza cade l'art. 175 Cod. proc. civ. francese, stabilendo che il termine per proporre la chiamata in garantia comincia a decorrere dal giorno della « demande originaire »; e allo stesso rimedio ricorre la dottrina francese, interpretando che per l'attore il termine scade « dans la huitaine du jour où il a reçu signification des conclusions tendantes au rejet de sa demande » (GARSONNET, op. cit., § 943). V. DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 416. Termini diversi per il convenuto e per l'attore stabiliva il Codice Estense, art. 488; e tra i Codici stranieri vigenti, il Codice del Cantone di Vaud, art. 145. V. anche, per la denunzia di lite, il § 49 del Regolamento per il Lombardo Veneto.

(17) MATTIROLO, op. cit., III, n. 781; MORTARA, op. cit., III, n. 447; PATERI, op. cit., n. 588.

143. — *b*) In quanto al procedimento sommario che, prima della riforma del 1901, era l'eccezione di fronte alla regola costituita dal procedimento formale, nulla è disposto con particolare riguardo nel Codice: così, fino al 1901, dottrina e giurisprudenza ritenevano che la chiamata in garantia potesse proporsi nelle cause a procedimento sommario fino a che l'istruzione fosse aperta, vale a dire fino a che all'udienza le parti non si fossero scambiate le comparse conclusionali; la chiamata in garantia proposta così all'udienza, aveva l'effetto di far rinviare la causa fino al giorno in cui il garante doveva comparire (18).

La Legge 31 marzo 1901, in virtù della quale il procedimento sommario divenne la regola e quello formale l'eccezione, stabilì (articolo 4) che ogni udienza fosse divisa in due parti: la prima dinanzi al solo presidente, la seconda dinanzi al collegio. Ora, in base a questa riforma, l'art. 32 R.D. 31 agosto 1901, dette una speciale norma per la chiamata in garantia nelle cause a rito sommario, stabilendo: « *Quando si voglia chiamare in causa un garante, il presidente assegna un termine all'uopo, con riserva delle questioni a cui può dar luogo la chiamata in garantia* »; da tale disposizione si rileva che per proporre la chiamata in garantia in modo che essa valga a sospendere il corso della causa, bisogna — e ciò tanto per l'attore quanto per il convenuto — proporla nel primo periodo dell'udienza, quando la causa è chiamata dinanzi al solo presidente; e non importa che ciò avvenga nella prima udienza, ma in qualunque udienza, purchè prima della trattazione dinanzi al collegio (19).

144. — *c*) Nel procedimento dinanzi ai pretori, stabilisce l'art. 422 Cod. proc. civ. che « *quando nella prima risposta il convenuto domandi di chiamare in causa un garante, il pretore accorda un termine per citarlo* ».

Il termine per proporre la chiamata in garantia scade dunque colla presentazione della prima risposta: *risposta*, si noti bene, non *udienza*. Cosicchè, se nella prima udienza il convenuto ottenga un rinvio (art. 415 Cod. proc. civ.), può sempre proporre regolarmente la sua chiamata in garantia nella udienza seguente, purchè faccia

---

(18) Mattirolo, op. cit., III, n. 788; Mortara, op. cit., III, n. 447; Garciulo, op. cit., art. 193; Ricci, op. cit., I, n. 433; Cuzzeri, op. cit., art. 193; Caberlotto, op. cit., n. 21; App. Napoli, 9 aprile 1869, *Gazz. proc.*, IV, n. 236; App. Lucca, 15 aprile 1874, *Annali*, 1874, 2, 239; Cass. Torino, 25 giugno 1896, *Giur. tor.*, 1896, 670; Cass. Napoli, 27 febbraio 1899, *Giur. it.*, 1899, I, 1, 436.

(19) Mortara, op. cit., III, n. 447; Cuzzeri, *Il procedimento sommario*, pag. 61.

ciò prima di ogni altra difesa in merito (20); lo stesso, se voglia proporre la chiamata in garantia dopo il tentativo non riuscito di conciliazione (21).

Anche qui, come per l'art. 193, è regolata soltanto l'ipotesi più frequente di una garantia chiesta dal convenuto; ma, potendosi anche dinanzi ai pretori verificare il caso che la chiamata in garantia sia proposta dall'attore, essa dovrà essere proposta nella prima *replica* alla risposta del convenuto che ha dato opportunità a tale chiamata (22).

145. — *d*) Per il procedimento dinanzi ai conciliatori, l'art. 449 Cod. proc. civ. stabilisce che « *chi vuol porre in causa il garante deve farlo nel termine per comparire, o in quello che il conciliatore gli accordi* ». Per questo articolo son stabilite espressamente due ipotesi: può, colui che vuol chiamare in causa un garante, senza attendere il giorno dell'udienza, citarlo senz'altro a comparire per l'udienza stessa o per una posteriore; oppure può, il giorno dell'udienza, chiedere un termine per eseguir la chiamata (23).

146. — Ho detto che nella procedura francese si hanno due sistemi per fissare il termine entro il quale la chiamata in garantia può essere proposta al garante: per uno, quello usato per i Tribunali, il termine comincia a decorrere fin dal giorno in cui è notificata la citazione ed è dalla legge preventivamente determinato in un certo numero di giorni; per l'altro, quello usato dinanzi ai giudici di pace, il termine comincia a decorrere da quando in udienza il garantito ne fa richiesta, ed è determinato dal giudice. Nella esposizione delle varie norme che regolano il termine nelle nostre leggi, abbiamo visto che, mentre, per il rito formale dinanzi ai Tribunali, la nostra legge adopra un sistema che si differenzia un po' dall'un sistema francese e dall'altro, per tutti gli altri procedimenti (procedimento sommario dinanzi ai Tribunali, procedimento dinanzi ai pretori, procedimento dinanzi ai conciliatori), viene fedelmente adottato il secondo sistema: la chiamata in garantia è proposta preliminarmente in udienza, e il giudice accorda un termine allo scader del quale il garante deve comparire.

---

(20) Mattirolo, op. cit., III, 789, nota; Cuzzeri, op. cit., art. 422, nota 1; Borsari e Garciulo, opere citate, all'art. 422; Cass. Firenze, 30 novembre 1879, *Foro it.*, 1880, 43; Cass. Torino, 5 marzo 1897, *Giur. tor.*, 1897, 387.

(21) Cuzzeri, op. cit., art. 422, nota 1; e sentenza precedente con nota.

(22) Mattirolo, op. cit., III, n. 789; Cuzzeri, op. cit., art. 422, n. 4; Carré, op. cit., quest. 143 *bis;* Caberlotto, op. cit., n. 63.

(23) Non è detto in questo articolo che la chiamata in garantia debba essere richiesta preliminarmente, ma vi è implicito.

Senonchè, si potrebbe anche nella nostra legge, a colui, che si vede notificare una citazione dalla quale comprende la necessità di chiamare un garante, permettere di citare senz'altro il garante a comparire per la stessa udienza della causa di molestia o per una successiva, senza aspettare l'udienza della causa di molestia stessa per richiedere al giudice un termine allo scopo di chiamare il garante? La risposta affermativa non può esser contrastata. Già l'articolo 449 Cod. proc. civ. stabilisce espressamente simile facoltà per i giudizî dinanzi ai conciliatori; e anche per i giudizî sommarî dinanzi ai Tribunali (24) e per i giudizî pretoriali non ci sarebbe ragione d'impedire a chi — sia esso attore o convenuto — voglia chiamare un garante, la preventiva citazione del garante stesso, a scanso di inutili perditempi. Così si potranno verificare quei casi che già ho accennato possibili nel primo dei due sistemi francesi: potrà darsi, cioè, che il garante sia citato a comparire per la stessa udienza nella quale è fissata la causa di molestia, e, in questo caso, non occorrerà alcun rinvio di questa; e potrà darsi che il garante sia preventivamente citato a comparire per una udienza posteriore a quella della causa di molestia, nel qual caso il garantito chiederà al giudice che anche questa causa sia rinviata all'udienza per la quale il garante è stato citato (25), a meno che il termine al quale il garantito ha citato il garante, sia soverchiamente lungo, nella quale ipotesi il giudice potrebbe ridurlo nei giusti limiti (26).

147. — Si è visto quali sono i termini entro i quali in caso ordinario dev'essere nei diversi procedimenti proposta la chiamata in garantia. Alcune volte peraltro la decorrenza di questi termini resta sospesa per speciali circostanze (27):

1) È controverso nella dottrina francese, nel silenzio della legge, se il proporre domanda di garantia implichi tacita rinunzia a eccepir la declinatoria del foro (28); il Codice processuale portoghese (art. 328) risolve negativamente la questione, stabilendo che « *la chiamata in garantia precede gli incidenti di suspicione e di incompetenza, i quali*

---

(24) Cuzzeri, *Il procedimento sommario*, pag. 61; Pateri, op. cit., I, n. 773.

(25) Mortara, *Comm.*, III, n. 447; Caberlotto, op. cit., n. 63; Gargiulo, op. cit., art. 422; Carré, op. cit., quest. 143; Thomine-Desmazure, *Commentaire sur le Cod. proc. civ.*, I, pag. 103; Garsonnet, op. cit., § 449; Trib. Bologna, 1° giugno 1897, *Mon. giur. Bol.*, 1897, 287.

(26) Cuzzeri, op. cit., art. 422, n. 3; Bioche citato dal Garsonnet, op. cit., § 999, nota 2.

(27) Sui casi nei quali può rivivere il termine già scaduto per la denunzia di lite nelle procedure germaniche v. Fischer, op. cit., § 23; Horak, scritto citato.

(28) V. Carré, op. cit., quest. 719.

saranno dedotti nella prima udienza dopo quella in cui il garante deve comparire... ecc. ». La nostra legge, invece, stabilisce il contrario.

L'art. 195 Cod. proc. civ. (che non solo al procedimento dinanzi ai Tribunali, ma anche si deve applicare al procedimento dinanzi ai pretori e dinanzi ai conciliatori) stabilisce che « *quando sia stata proposta la declinatoria del foro, il termine per chiamare in garantia non decorre finchè non sia risoluta la questione di competenza* ». La questione di competenza è, infatti, per sua natura preliminare, e, se il convenuto in causa non la deducesse prima di chiamare il garante, verrebbe implicitamente a rinunciarvi (art. 187 Cod. proc. civ.); d'altra parte, secondo la *Relazione Pisanelli,* « è prematura la chiamata del garante a intervenire nel giudizio, quando il convenuto chiede l'assolutoria dall'osservanza del giudizio medesimo ». Se, adunque, sorge preliminarmente una questione di competenza, il termine per proporre la chiamata in garantia ricomincia a decorrere dal momento in cui la competenza del foro adito è riconosciuta per accordo delle parti dinanzi al presidente o dal momento in cui passa in giudicato la sentenza che la riconosce; se poi venga riconosciuta la incompetenza, il termine ricomincia dopo la riassunzione della lite principale al foro competente (29). Giustamente fa notare il MORTARA che « nel procedimento sommario questa antecedenza della decisione sulla competenza territoriale può rimanere inosservata e non è a tutto rigore obbligatoria. È vero che la eccezione di declinatoria deve essere *dedotta prima* di proporre la citazione del garante, ma non è necessario che sia *decisa* preventivamente, potendo esserne unita la discussione a quella del merito, vale a dire anche unita alla discussione di merito sulla domanda per garantia » (30).

La suddetta proroga di termine non si verifica però quando il garantito non oppone la sola declinatoria del foro, ma fa insieme istanza per la decisione del merito (31).

2) Rettamente la giurisprudenza ha ritenuto che l'art. 195 si deve applicare anche nel caso in cui sia opposto preliminarmente il difetto di integrità del giudizio (32).

3) Il legislatore nello stabilire il termine per la proposizione della chiamata in garantia, reputa che le ragioni per proporla appaiano subito dalla citazione; ma se, trattandosi di causa a rito formale, la necessità di chiamare in causa un garante non si manifesta fin da principio, ma soltanto in seguito ad una domanda proposta da una

---

(29) MORTARA, *Comm.*, III, 448.

(30) ID., *ibidem.*

(31) Cass. Torino, 6 marzo 1896, *Giur. it.*, 1896, I, 1, 367.

(32) App. Torino, 11 dicembre 1868, *Giur. tor.*, 1868, 89.

delle parti in quello scambio di alternative comparse in che il rito formale consiste, si potrà nonostante proporre in via incidentale la chiamata in garantia, sebbene sia già spirato il primo termine per rispondere? Sembra equo dire col CARRÉ (33) che « il termine non corre che dal giorno della notificazione dell'atto contenente questa domanda » (34).

4) Devesi ritenere che nel rito formale il termine per proporre la domanda di garantia non decorra fino a quando l'altra parte non abbia depositato i documenti indicati nell'atto di citazione, dall'esame dei quali può apparire l'opportunità di proporre la chiamata in garantia (35).

5) Se in una causa a rito sommario, il giudice ritenga che vi sia bisogno di maggiore svolgimento e di ulteriore istruzione, quando la causa vien riprodotta dopo l'adempimento della prescrizione fatta con sentenza preparatoria, si può sempre proporre chiamata in garantia prima dello scambio delle comparse (36).

6) Nel rito formale fu deciso che, qualora il convenuto non fosse stato citato in persona propria, e, non essendo comparso, gli fosse stata, secondo l'art. 382 Cod. proc. civ., rinnovata la citazione, il termine per proporre chiamata in garantia era per lui quello per rispondere a questa nuova citazione; e che di questo termine potevano, in una causa unica, profittare anche gli altri convenuti comparsi, per proporre la stessa domanda in garantia, sebbene avessero già notificato la loro risposta (37). Analogamente, nel vigente procedimento sommario, colui che compare soltanto dopo la seconda citazione, ha diritto nella udienza in cui compare di chiedere un rinvio per chiamare un garante.

Il contumace che, valendosi della facoltà concessagli dall'art. 386

---

(33) Op. cit., quest. 765, conforme a decisioni della Corte di Bruxelles, 31 maggio 1809 e 30 ottobre 1826. V. GARSONNET, op. cit., § 943, nota 6; CABERLOTTO, op. cit., n. 22; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 416.

(34) In questo senso, per la denunzia di lite, FISCHER, op. cit., § 21; Legge proc. civ. Argovia, § 38. Contro Cass. Torino, 4 marzo 1897: « Se la domanda in garantia non vien proposta nella prima difesa, non è più proponibile se non separatamente dalla domanda principale, quantunque l'opportunità di proporla non sia sorta se non dopo quella risposta ».

(35) App. Casale, 28 novembre 1881, *Annali*, 1881, 2, 540.

(36) Cass. Napoli, 27 febbraio 1899, *Giur. it.*, I, 1, 436. Secondo una sentenza della Cass. di Torino, 10 luglio 1884 (*Giur. tor.*, 1884, 687) « la chiamata in garantia nei giudizî avanti i pretori può aver luogo anche dopo pronunciate in causa sentenze interlocutorie ed esauriti mezzi di difesa »; ma tal sentenza argomenta dall'art. 423, confondendo, mi pare, la chiamata in garantia con l'intervento coatto.

(37) App. Venezia, 27 dicembre 1888, *Temi ven.*, 1889, 162.

Cod. proc. civ., purga la contumacia e fa riaprire il giudizio, ha diritto di chiedere un rinvio per mettere in causa il garante? Riteniamo di no, poichè la comparizione tardiva del contumace non ha effetto restitutivo contro i termini perentorî già decorsi (38); e, di fronte al terzo molestante, il termine per ottener la sospensione del giudizio è perentorio (39).

148. — Nel Codice francese si ha anche un altro caso nel quale il termine per proporre domanda in garantia resta sospeso. Stabilisce l'art. 177 che « *si le défendeur originaire est assigné dans les délais pour faire inventaire et délibérer, le délai pour appeler garant ne commencera que du jour où ceux pour faire inventaire et délibérer seront expirés* » (40). Secondo l'art. 174 dello stesso Codice, l'erede e la vedova hanno diritto a un termine di tre mesi per far l'inventario e di quaranta giorni per deliberare: prima dello scadere di questo termine, il convenuto non è obbligato a rispondere sugli affari della successione; per conseguenza, fino allo scader di questo termine, egli non è obbligato a occuparsi della opportunità di chiamare un garante (41).

Il nostro diritto processuale non ha accolto la disposizione dell'art. 174 Cod. proc. civ. francese, perchè il nostro Codice civile ha stabilito che l'erede, in pendenza della sua deliberazione, può essere chiamato in giudizio in qualità di curatore di diritto della eredità per rappresentarla e rispondere alle istanze contro la medesima proposte (art. 964 Cod. civ.) (42); e, quindi, non ha neppure ripetuto la disposizione dell'art. 177 francese.

---

(38) MATTIROLO, op. cit., III, n. 1013; MORTARA, *Comm.*, III, 677; CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pag. 759; RISPOLI, *Il processo civile contumaciale*, n. 307.

(39) Un argomento a favore di questa soluzione può vedersi nell'art. 49, capov. quarto, del R. D. 31 agosto 1901, per il quale, in caso di riapertura del giudizio, la parte contraria ha diritto di far discutere la causa all'udienza stabilita, senza ulteriore rinvio. Ma anche per la risoluzione contraria — per la quale si concede al contumace, tardivamente comparso, il diritto di chiedere un rinvio per chiamare un garante, purchè faccia ciò nella prima parte dell'udienza — si possono portare argomenti: per es., quando si pensi che in generale al contumace tardivamente comparso si riconosce il diritto di eccepire la incompetenza per territorio, pare strano che egli non possa valersi di quel termine che comincia a decorrere (art. 195 Cod. proc. civ.) solo dopo risoluta tale eccezione di incompetenza.

(40) Ordinanza, tit. VII, art. 3; Cod. Parmense, art. 222.

(41) GARSONNET, op. cit., § 943, nota 9; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », nn. 362 e 413.

(42) BORSARI, op. cit., art. 195, nota 2.

149. — Una questione che si è dibattuta in Francia a proposito del procedimento dinanzi ai giudici di pace, e che da noi è stata ripetuta per il procedimento dinanzi ai pretori, ma che ha ragione di esistere identica anche per il procedimento dinanzi ai conciliatori e, dopo il 1901, per il procedimento sommario dinanzi ai Tribunali, è questa: in quei casi in cui la domanda in garantia è proposta in udienza e tocca al giudice ordinare il rinvio della causa di molestia per dar tempo al garantito di chiamare il garante, potrà il giudice, facendo d'ufficio un apprezzamento di merito sull'opportunità di tale chiamata, negare la concessione del rinvio, adducendo che esso non è necessario?

A rispondere a questa questione basta il principio generale, da noi già posto, secondo il quale la facoltà di chiamare un terzo in garantia non è subordinata alla preventiva autorizzazione del giudice.

Il CARRÉ (43) — confutando la contraria opinione del PIGEAU (44) — reputa che il giudice di pace non possa rifiutare il rinvio, non solo per la ragione generale che la chiamata in garantia non è sottoposta al permesso del giudice, ma anche per la forma imperativa dell'articolo 32 Cod. proc. civ. francese, secondo il quale « le juge *accordera* délai suffisant », e giustamente egli nota che l'ordine del giudice non è richiesto per permettere o negare la chiamata in garantia, ma soltanto per evitare che il garantito, con una citazione data a troppo lungo termine, trovi il mezzo di mandare in lungo la causa.

Questa soluzione adottata dal CARRÉ per i giudici di pace, è quella che, basata sugli stessi motivi, prevale in Italia per i pretori, ai quali si nega concordemente la facoltà di giudicare sulla opportunità o meno di concedere quel termine che, secondo l'art. 422, dev'essere necessariamente accordato purchè richiesto in tempo (45). La stessa risoluzione vale per la chiamata in garantia proposta dinanzi ai con-

---

(43) Op. cit., quest. 143 *ter*.

(44) *Comm.*, I, pag. 90. In questo senso DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 421; DE PAEPE, op. cit., n. 59.

(45) CUZZERI, op. cit., art. 422, n. 2, e autori concordi ivi citati; MATTIROLO, op. cit., III, n. 789, nota 2; CABERLOTTO, op. cit., n. 68; Cass. Firenze, 31 gennaio 1889, *Legge*, 1889 (v. nota in *Temi ven.*, 1889, 110), I, 474, contraddicente ad altra sua sentenza 3 agosto 1882, *Legge*, 1882, II, 763, che decideva avere il magistrato obbligo di valutare nell'interesse della giustizia l'opportunità e consistenza di simili domande, per la ragione che ogni domanda dev'essere giustificata; Cass. Napoli, 13 giugno 1893, *Diritto e giur.*, IX, 113; Id., 15 febbraio 1901, *La procedura*, 1901, 138; Id., 25 gennaio 1902, *Gazz. proc.*, XXXI, 530.

ciliatori (46), e, dopo il 1901, anche per il procedimento sommario dinanzi ai Tribunali (47).

Tale soluzione non significa però, come qualche autore mostra di credere (48) che il terzo molestante non possa opporsi alla concessione del rinvio, dimostrando che la chiamata in garantia non ha fondamento (avanti, n. 176); in questo caso, nell'incidente originato da tale opposizione, il giudice può certamente decidere che il rinvio della causa di molestia non dev'esser concesso, pur lasciando al garantito il diritto di chiamare il garante in separato giudizio. La soluzione da noi accolta significa soltanto che, *in mancanza di opposizione del terzo molestante al rinvio,* il giudice non può indagare spontaneamente la fondatezza della domanda e spontaneamente negare il rinvio chiesto dal garantito; e s'intende che qualora il giudice, nonostante la opposizione del terzo molestante, accordi il rinvio chiesto dal garantito e riconosca così la apparente fondatezza della sua domanda, non per questo verranno a trovarsi pregiudicate da questa pronuncia le ragioni del chiamato in garantia (49).

Il giudice ha un potere discrezionale sulla estensione del termine che deve concedere; ma, si capisce, commisurerà sempre questo termine in modo tale da farlo servire al doppio scopo di dar tempo al garantito di citare il garante e al garante di comparire in giudizio (50).

150. — Potrà il giudice negare d'ufficio il rinvio della causa, quando si tratta di un giudizio possessorio? Non mi resulta che la dottrina abbia mai considerato questa questione, ma la giurisprudenza si è trovata più volte nel caso di doverla risolvere.

La legge non pone nessuna esplicita regola che vieti in un giudizio possessorio la chiamata del garante: e, in generale, siccome il venditore è tenuto a garantire il pacifico possesso al compratore, pare che il compratore non solo possa, ma debba, per l'art. 1497 Cod. civ., chiamare il garante in una causa nella quale il godimento di tal possesso è messo in pericolo. Senonchè contro tale risoluzione si adducono ostacoli nascenti dalla special natura del giudizio possessorio.

1) È vietato, si dice, al giudice del possessorio di procedere ad esami petitorî: ora, chiamando un terzo in garantia in un giudizio

(46) Cass. Napoli, 18 novembre 1897, *Foro nap.*, 1897, 252.

(47) Mortara, *Comm.*, III, n. 447; Mattirolo, op. cit., III, n. 791; App. Napoli, 31 marzo 1909, *Gazz. proc.*, XXXVI, 112.

(48) De Paepe, op. cit., n. 59.

(49) V. su questo punto la mia Nota « *Sulla efficacia* ecc. », già citata.

(50) Carré, op. cit., quest. 143 *quater.*

possessorio, si darebbe appunto origine a una controversia eccedente i limiti della indagine possessoria (51); ma contro questo argomento si può rispondere che il divieto di cumulare l'indagine possessoria colla indagine petitoria riguarda esclusivamente la causa di molestia, nella quale, trattandosi di azione reale, si può distinguere il possessorio dal petitorio, e non riguarda affatto l'azione di garantia, che è azione personale, fatta valere in un capo separato e indipendente del giudizio.

2) È di ostacolo alla chiamata in garantia — si aggiunge — la natura speciale del giudizio possessorio, particolarmente di quello di reintegrazione (artt. 695-696 Cod. civ.), il quale mira ad attuare colla massima celerità possibile il principio « *spoliatus ante omnia restituendus* », senza poter subire gli indugî che derivano al giudizio dalla chiamata di un garante (52). La Cassazione di Torino (53) ha ritenuto peraltro che, anche nell'azione di reintegrazione, la chiamata del garante deve ammettersi, poichè egli può aver dei mezzi di difesa da far valere allo scopo di conservare al garantito il godimento del possesso controverso; se invece il garante, anzichè assumere la causa ai soli fini possessorî, col negar la garantia dà luogo a controversie eccedenti i limiti della indagine possessoria, le due cause si dovranno separare, e l'azione di garantia potrà esser giudicata in separata sede dal pretore, solo in quanto il suo valore non superi la competenza del pretore stesso (54). Ma, anche con tale risoluzione, ch'è del resto quella adottata dalla giurisprudenza francese per l'azione di manutenzione (*complainte*) (55) non si evita l'inconveniente di un ritardo dannosissimo al giudizio possessorio durante tutto il termine in cui il processo resta sospeso per aspettar la comparizione del garante.

151. — Una questione che si fa in Francia per i giudici di pace ed in Italia per i pretori, è la seguente. Dato che in udienza il garantito abbia chiesto un termine per chiamare in causa il garante e che il terzo molestante si sia opposto alla concessione di questo termine, la pronuncia del magistrato che, decidendo su questa opposizione, accorda il termine richiesto, è appellabile o no? E, dato che sia appellabile, quali sono gli effetti di questo appello?

---

(51) Trib. Siracusa, 27 aprile 1909, *Foro sic.*, 1909, 284.

(52) Trib. Lucera, 18 agosto 1891, *Il Pisanelli*, 1, 1, 343; Cass. Napoli, 25 gennaio 1902, *Gazz. proc.*, XXXI, 530.

(53) 8 marzo 1883, *Giur. tor.*, 1883, 439.

(54) Cass. Torino, 30 novembre 1870, *Giur. tor.*, 1871, 39.

(55) Dalloz, *Rép.*, v. « *Actions possessoires* », nn. 545, 670 e segg.; id., v. « *Exceptions* », n. 378.

Il CARRÉ (56) nega assolutamente che tale sentenza sia appellabile, principalmente per la ragione che tale appello non è giustificato da nessun interesse, poichè il rinvio non pregiudica punto la questione di merito; e della sua opinione è, tra gli autori italiani, il CUZZERI (57).

Ma io giungo alla contraria risoluzione, per i seguenti motivi. Anzitutto, la pronuncia del pretore colla quale egli non ostante l'opposizione della controparte, accorda un termine al garantito, è una *sentenza*? Certamente, poichè i magistrati singolari emanano vera e propria *sentenza* (anche se la loro pronuncia è qualificata per *ordinanza*) tutte le volte che pronunciano per definire una controversia (58), come accade nel caso in questione. Ora è regola generale che tutte le sentenze sono appellabili, salvo espresso divieto di legge: la sentenza del pretore che ordina il rinvio della causa non è tra quelle che la legge dichiara inappellabili; dunque essa può essere impugnata in sede d'appello dinanzi al Tribunale.

Ammesso che tale sentenza sia appellabile, la causa di molestia dovrà restar sospesa durante la decisione dell'appello interposto dal terzo molestante? Da qualcuno si risponde di no, perchè in tal caso, non essendo matura a decisione la questione di garantia, la questione di molestia dovrebbe riprendere il suo corso, secondo l'art. 199 capoverso Cod. proc. civ. (59).

Ma bisogna considerare che in questo caso la non maturità a decisione della questione di garantia dipende esclusivamente dal fatto del terzo molestante, che, col suo appello, manda in lungo la causa; sicchè non mi pare che egli possa invocare a suo vantaggio la separazione delle due cause: « in contrario — dice giustamente il GARGIULO (60) — si avrebbe un bel mezzo per eludere il precetto legislativo intorno alla chiamata in garantia, accordata per l'economia dei giudizî, onde aversi una sola sentenza; e si urterebbe al principio che ognuno possa mettere in causa il suo garante ».

Concludendo, adunque, il terzo molestante potrà sempre appellare dalla sentenza del pretore, che, nonostante la sua opposizione, ordina il rinvio della causa per dar tempo al garante di comparire;

---

(56) Op. cit., quest. 142; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 421.

(57) Op. cit., art. 422, n. 6.

(58) MATTIROLO, op. cit., IV, n. 8; MORTARA, *Appello civile*, 415. Che la pronuncia del pretore accordante il termine nella discordia delle parti sia vera e propria sentenza resulta anche dal paragonare il rito pretoriale col rito sommario dinanzi ai Tribunali: il presidente del Tribunale accorda il termine con *ordinanza* quando le parti sono concordi, ma quando le parti sono discordi rimette la decisione al collegio, che emana una vera e propria *sentenza*.

(59) CABERLOTTO, op. cit., n. 72.

(60) Op. cit., art. 422, quest. IV.

ma, interponendo tale appello, il terzo molestante verrà a far sospendere fino alla decisione di esso la causa di molestia. Cosicchè molte volte il rimedio sarà peggiore del male, poichè, per evitare la sospensione ordinata dal pretore, la causa principale dovrà subire, durante tutto il giudizio di appello, una più lunga sospensione.

152. — Gli artt. 193 e 422 Cod. proc. civ. usano espressioni che posson parere equivalenti: « chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne *domanda...* »; « quando il convenuto *domandi* di chiamare in causa un garante... »; bisogna peraltro distinguere bene il diverso significato che locuzioni quasi identiche assumono nei due articoli.

La chiamata in garantia, incidente in una causa principale, interessa tanto il terzo molestante quanto il preteso garante; ond'è che il garantito, se voglia legittimamente proporla, dovrà darne notizia tanto al terzo molestante quanto al garante, come meglio tra poco vedremo. Ora, in relazione con questo duplice obbligo che al garantito incombe verso le due parti interessate alla chiamata in garantia, si potrebbe immaginare: *a*) che il termine dentro il quale il garantito deve comunicare al terzo molestante la sua intenzione di chiamare in causa un garante sia diverso dal termine entro il quale il garantito deve effettivamente notificar la domanda di garantia al garante; *b*) che questi due termini siano uguali e scadano contemporaneamente. Difatti, tali due ipotesi si verificano entrambe nella nostra legislazione, l'una nel procedimento formale (art. 193 Cod. proc. civ.), l'altra nel procedimento sommario e in quello dinanzi ai pretori ed ai conciliatori.

Per il procedimento formale, quando l'art. 193 stabilisce che chi vuol chiamare un terzo in garantia deve *proporne domanda* nel termine stabilito per rispondere, la nostra legge intende che dentro questo termine il garantito proponga la sua domanda tanto al garante citandolo (art. 193), quanto al terzo molestante notificandogli tale domanda (art. 196); entro il termine per rispondere, dunque dev'essere dato notizia della chiamata in garantia tanto al terzo molestante quanto al garante, non bastando che entro questo termine il garantito notifichi alla parte avversaria la sua intenzione di chiamare quando che sia, anche scaduto il termine, il garante.

Invece, per il procedimento sommario, e per quello davanti ai pretori e conciliatori, quando la legge dice che il convenuto, se vuol *domandare* di chiamare in causa un garante, deve farlo nella prima risposta, essa intende che, dentro questo termine, il garantito proponga la sua domanda in udienza alla parte avversaria nella causa di molestia, riservandosi di proporre in seguito, in quell'altro termine

che il giudice gli assegnerà, la effettiva domanda di garantia al garante.

Così, mentre nel primo di questi due casi, il termine per citare il garante si identifica col termine per avvertire il terzo molestante della chiamata in garantia, nel secondo il termine per citare il garante comincia a decorrere da quella prima risposta colla quale scade il termine per avvertire il terzo molestante della chiamata stessa; e allora, in questo secondo caso, il termine per citare il garante si somma e si unifica coll'altro termine che il garante ha per comparire, a decorrere dal giorno in cui gli è stata notificata la citazione (termine che al n. 139 ho detto non essere diverso da tutti gli altri termini per comparire stabiliti dall'art. 147 Cod. proc. civ.).

153. — Si è già parlato del caso, regolato dal capoverso dell'art. 193, in cui una delle parti in causa voglia chiamare a garantirla più persone, tutte obbligate per la stessa garantia. Un caso del tutto diverso è quello regolato dall'art. 194 Cod. proc. civ., secondo il quale « *quando la domanda in garantia dia luogo ad altre domande della stessa natura, queste sono proposte nel termine indicato dall'articolo precedente* » (dietro, nn. 73 e 107).

Può darsi il caso che una stessa cosa, per esempio un immobile, sia successivamente passata nella proprietà di diversi consecutivi compratori; se contro l'ultimo compratore, attuale possessore, viene mossa azione di rivendicazione, costui chiamerà in garantia il suo immediato venditore; ma a questo venditore, che a sua volta ha comprato l'immobile da un altro venditore, non si potrà negare il diritto di chiamare questo in garantia; e così di seguito, con un procedimento analogo a quello delle antiche procedure germaniche (dietro, n. 25), fino a giungere al definitivo responsabile che alienò per il primo una cosa non sua. Meno frequente, ma pur possibile, è il caso di subgarantia semplice: quando, ad esempio, per uno stesso debito sono obbligati due condebitori in solido ed un fidejussore, se il creditore principale cita in giudizio per il pagamento il fidejussore e questi chiama in garantia uno dei due condebitori principali, non si può negare al chiamato in garantia il diritto di chiamare in subgarantia per la sua quota l'altro condebitore. Ora, per l'art. 194, che ripete una norma posta dall'Ordinanza francese (tit. VIII, art. 15) e imitata da tutti i Codici a tipo francese (61), il garante che voglia a

---

(61) Cod. Sardo (1859) art. 255; Cod. Parmense, art. 221; Cod. Estense, articolo 500; Reg. Toscano, art. 242; Cod. Napoletano, art. 270; Cod. proc. civ. francese, art. 176, ecc. Anche per la denuncia di lite, si riconosce al denunziato

sua volta chiamare un subgarante, ha diritto a proporre questa domanda nel termine ordinario, come se egli fosse un convenuto originario; difatti, la questione di garantia, se, di fronte alla prima causa di molestia, è una questione subordinata, considerata a sè è una questione principale, nella quale il garante citato ha diritto di valersi di tutte quelle facoltà che spettano ai citati in causa, e quindi anche di farsi attore in una nuova causa di garantia poichè « *tout garant est considéré comme défendeur par rapport à celui qui le met en cause, et comme démandeur à l'égard de celui qu'à son tour il assigne en garantie* » (62).

Quindi, per configurare il caso più frequente del rito sommario, se *A* cita *B* a comparire per l'udienza di un determinato giorno, *B*, finchè l'udienza si svolge dinanzi al presidente, ha diritto di chiedere un rinvio per chiamare in garantia *C;* il presidente glielo concede e rimette la causa a un'altra udienza successiva; in questa udienza compare, in un colle parti *A* e *B*, anche il garante *C*, il quale (come già *B*) ha diritto finchè l'udienza si svolge dinanzi al presidente, di chiedere un rinvio per chiamare in causa il subgarante *D;* e, teoricamente, ciò potrebbe continuare all'infinito, poichè nelle procedure moderne non si trova, come in quelle antiche, una limitazione nel numero dei successivi garanti.

Si capisce che anche ai successivi garanti dovrà estendersi la regola dell'art. 195; vale a dire, il chiamato in garantia potrà, appena compare, sollevare *in limine litis* una eccezione di incompetenza in quei casi in cui ciò gli è permesso; e, risoluta questa, potrà, nel termine solito, proporre la chiamata in garantia di un subgarante (63).

154. — La disposizione dell'art. 194 si deve applicare anche al procedimento dinanzi ai pretori ed ai conciliatori?

Si risponde di sì concordemente (64), argomentando per giusta analogia: per il procedimento dinanzi ai pretori, tale risposta è corroborata anche all'art. 447 Cod. proc. civ., secondo il quale il procedimento pretoriale, per tutto ciò che non è espressamente regolato, prende norma dalle disposizioni stabilite per i Tribunali.

---

il diritto di denunziare a sua volta la lite. V. Reg. proc. civ. Germanico, § 72, capov., e WACH, *Handbuch.* pag. 659, n. VII.

(62) CARRÉ, op. cit., CXXXIV.

(63) V. risoluzione per un caso analogo in CARRÉ, op. cit., quest. 767.

(64) CARRÉ, op. cit., quest. 144; CUZZERI, op. cit., art. 422; Pretura del Mandamento di S. Giuseppe (Napoli), 12 ottobre 1867, *Gazz. proc.*, II, 293.

§ 2. — *Modo di proporre la chiamata in garantia.*

a) Di fronte al terzo molestante.

155. — La questione di molestia e la questione di garantia si possono teoricamente concepire come due cause indipendenti che nascono e si svolgono separatamente; e quando, per pratica opportunità, si vogliono riunire in un giudizio apparentemente unico (avanti, n. 191), occorre che a riunirle intervenga un atto in virtù del quale il loro andamento si unifichi. Ad operare tale riunione basta che, dentro il termine stabilito, il garantito comunichi al terzo molestante la propria volontà di chiamare in causa il garante: tale comunicazione, scritta od orale secondo i procedimenti, costituisce appunto quel *legame processuale* (65), senza del quale le due cause resterebbero disgiunte.

156. — A tale scopo l'art. 196 Cod. proc. civ. stabilisce, per il procedimento formale dinanzi ai tribunali, che « *la domanda in garantia deve essere notificata anche all'attore* (66) *nel termine stabilito per proporla* ».

Quando il procedimento formale era il procedimento ordinario, si era formata una erronea teoria sul modo di proporre la domanda di garantia di fronte al terzo molestante. Il Borsari (67) e concordemente con lui il Foschini (68), argomentando dall'art. 199 Cod. proc. civ., secondo il quale « *le questioni relative alla domanda in garantia sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti* », (avanti, cap. VIII), ritenevano che chi volesse chiamare un terzo in garantia dovesse senz'altro servirsi del procedimento incidentale, e cioè, in base agli artt. 181-185 Cod. proc. civ., dovesse proporne domanda al presidente mediante comparsa, invitando, per mezzo della comparsa stessa o per biglietto, il terzo molestante a comparire dinanzi a lui per la risoluzione dell'incidente così dedotto: se dinanzi al presidente il terzo molestante concordava la chiamata del garante, il presidente ammetteva per mezzo di ordinanza tale chiamata, e il garante doveva essere citato nelle forme ordinarie; se il terzo molestante non concordava, il presidente rimetteva le parti a udienza fissa dinanzi al collegio per la decisione dell'incidente stesso.

---

(65) App. Venezia, 28 ottobre 1881, *Mon. trib.*, 1882, 151.

(66) Anche in questo articolo il nostro Codice chiama il terzo molestante « attore », avendo riguardo al caso più frequente.

(67) Op. cit., art. 199, quest. *a*).

(68) *Sul procedimento della chiamata in garantia,* in *Temi ven.*, 1876, 185.

Contro questa teoria furon portati varî argomenti:

1) che l'art. 199 dice che con rito incidentale devono essere proposte e giudicate le questioni *relative alla domanda in garantia* (vedremo in seguito quali sono), non già la domanda in garantia stessa;

2) che l'art. 196 dice che la domanda in garantia deve essere notificata anche all'attore, il che chiaramente esclude la necessità di un preventivo incidente sull'opportunità di far la domanda, in forza del quale tal notificazione sarebbe resa inutile;

3) che, ammettendo la teoria del Borsari, si verrebbe a subordinare a un preventivo permesso del giudice la facoltà di citare un terzo (dietro, n. 137);

4) che, discutendo nello svolgimento dell'incidente dell'obbligo di garantia, si verrebbe a pregiudicare i diritti del terzo assente.

Per questi e per molti altri argomenti (69) che ora sarebbe inutile riportare, data la scarsa importanza che oggi ha il procedimento formale, la teoria del Borsari è da respingersi (70).

157. — Nel procedimento formale, non appena per la parte che vuol chiamare un garante comincia a decorrere il termine per rispondere o per replicare, questa può subito, senza bisogno di sollevare incidente, citare direttamente il garante; l'obbligo che l'art. 196 impone è semplicemente questo: che, ove il garante sia stato citato o stia per esser citato entro il termine dell'art. 193, di tal citazione, già avvenuta o da avvenire entro il termine, si dia, entro il termine, avviso alla controparte (71).

---

(69) Biagi, scritto cit., che calorosamente combatte la teoria del Borsari, pag. 4-5; Scotti, *Sul modo di proporre la chiamata in garantia*, in *Mon. trib.*, 1868, 263, ove si rileva che (prima, s'intende, del 1901) la teoria del Borsari avrebbe resa inattuabile la chiamata in garantia nel rito sommario; Cuzzeri, analogamente, op. cit., sull'art. 204, n. 1; App. Venezia, 2 agosto 1865, *Giur. it.*, 1875, I, 1, 809, e nota; Id., 19 maggio 1876, pag. 169, e nota.

(70) La teoria che, dato il testo della nostra legge, non è accettabile per il nostro diritto, è invece espressamente accolta da altre leggi: per es. dal Codice di Vaud (artt. 143 e 145) per il quale la domanda in garantia è proposta mediante citazione alla controparte a comparire dinanzi al presidente, il quale, nel contraddittorio delle parti, giudica se tal domanda sia ammissibile o no. Qualcosa di simile nel Regolamento Gregoriano, § 863, sul quale v. Mancini, *Comm. al Cod. proc. civ. Sardo*, II, DCCXXIX.

(71) Cod. Sardo, art. 257; Cod. Napoletano, art. 273; Cod. Parmense, art. 244; Cod. Estense, art. 488; Reg. Toscano, art. 238; Reg. Gregoriano, § 863; Cod. Francese, art. 179; Cod. Vallese, art. 52; Ord. civ. Germanico, analoga disposizione per la denunzia di lite, § 73, capoverso.

Il nostro Codice non regola, come altre leggi processuali (72), la forma colla quale deve avvenire la notificazione. Ma si può con sicurezza affermare che essa, nel rito formale, deve consistere in un atto scritto, comunicato dal procuratore del garantito al procuratore del terzo molestante, nel quale si dà comunicazione della chiamata in garantia già avvenuta o da avvenire. L'Ordinanza francese del 1667 stabiliva (Tit. VIII, art. 5) che tal notificazione doveva consistere nel dare « *au demandeur copie de l'exploit de la demande en garantie et des pièces justificatives* »; tale disposizione sparì dall'art. 179 Cod. proc. civ. francese e non si trova neppure nel nostro: dal che si deduce, tanto in Francia quanto in Italia, che all'atto di notificazione che il garantito deve dare alla parte contraria non è necessario unire la copia rilasciata dall'ufficiale giudiziario della citazione fatta al garante (73); ciò per due motivi: 1) perchè, essendo il termine dell'art. 193 assegnato tanto per la notificazione al terzo molestante, quanto per la effettiva citazione del garante, si può aspettare a citare il garante nell'ultimo giorno di siffatto termine, nel qual caso non c'è più il tempo materiale per notificare entro lo stesso termine la copia di citazione anche al terzo molestante; 2) perchè, anche se alla citazione del garante si fosse provveduto prima, può darsi che, per la distanza del domicilio del chiamato in garantia, non sia disponibile l'esemplare della citazione per comunicarlo alla scadenza del termine (74).

L'esemplare della citazione, che non importa unire all'atto di notificazione, dovrà però essere depositato in cancelleria appena sia disponibile, affinchè il terzo molestante veda che fu veramente notificata al garante nel termine stabilito dall'art. 193 (75).

158. — La comunicazione, che serve da « legame processuale » tra le due questioni, si fa, nel procedimento formale, mediante atto scritto comunicato fuori d'udienza. In tutti gli altri procedimenti, invece,

---

(72) Cod. proc. civ. Francese, art. 179: « par acte d'avoué à avoué »; così il Reg. Toscano.

(73) Carré, op. cit., CXXXVII; Mattirolo, op. cit., III, 785; Cuzzeri, op. cit., art. 196, nota 1; Caberlotto, op. cit., n. 38; Pateri, op. cit., II, n. 589.

(74) Cuzzeri, loc. cit.

(75) Carré, op. cit., CXXXVII; Cuzzeri, loc. cit.; App. Milano, 3 aprile 1883, *Mon. trib.*, 1883, 572; App. Torino, 6 maggio 1889, *Giur. tor.*, 1889, 539. Dentro qual termine dovrà avvenire questo deposito? Secondo il Boitard, op. cit., I, n. 473, esso deve avvenire entro un numero di giorni uguale a quello di cui il termine ordinario dell'art. 175 è stato aumentato per la distanza del domicilio del garante; secondo il Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* » n. 432, non si può seguire una regola fissa.

ove la chiamata in garantia viene proposta per la prima volta in udienza, tale comunicazione avviene mediante comparsa scambiata in udienza o, anche, mediante dichiarazione orale (dinanzi ai pretori e conciliatori) (76); una volta dato il rinvio per chiamare il garante, il terzo molestante non ha diritto di essere ulteriormente informato della chiamata in garantia. In tutti i procedimenti che non siano il formale dinanzi ai Tribunali, non occorre, secondo me, la notificazione richiesta dall'art. 196, poichè in essi non c'è più la necessità — esistente nel procedimento formale — di rendere edotta la controparte di una domanda incidente che altrimenti essa ignorerebbe (77).

Abbiamo visto però che espressamente dall'art. 449 nelle cause dinanzi ai conciliatori, e per interpretazione analogica anche nel procedimento sommario dinanzi ai Tribunali e nel procedimento pretoriale, si riconosce al garantito la facoltà di citare il garante in precedenza, per l'udienza stessa alla quale è assegnata la causa di molestia; in tali casi dovrà il garantito notificare alla controparte prima dell'udienza di aver citato per l'udienza stessa un garante? Il Cuzzeri (78) reputa di sì: « dalla notificazione della chiamata in garantia non si può prescindere, egli dice, specialmente trattandosi di garantia formale, perchè essa serve a prevenire la controparte del nuovo indirizzo della contestazione ». Noi siamo di opinione perfettamente contraria: la notificazione, come tra poco si dirà, in tanto è necessaria in quanto il terzo molestante ha diritto di essere informato di una *sospensione* che interessa la causa principale; ma quando, come nel caso in questione, tal sospensione non si verifica (poichè il garante compare nella stessa udienza in cui si dovrà svolgere la causa principale), il terzo molestante non ha interesse a essere informato di quello che avverrà in udienza, prima del momento in cui gli vien presentata la comparsa conclusionale, tanto più che nel procedimento sommario l'indirizzo che prenderà la controversia resta sempre sconosciuto alle parti fino al giorno dell'udienza.

b) Di fronte al garante.

159. — Se la chiamata in garantia ha un carattere di eccezione di fronte alla parte avversaria nella causa di molestia, essa, di fronte

---

(76) Pateri, op. cit., I, n. 775; II, n. 589.

(77) In questo senso, per il procedimento dinanzi ai pretori, Cass. Torino, 24 agosto 1876, *Giur. tor.*, 1877, 171; App. Cagliari, 22 maggio 1900, *Giur. sarda*, 1900, 230, per il procedimento sommario. Contro, per il procedimento sommario prima del 1901, Cuzzeri, op. cit., art. 196, n. 2; App. Torino, 4 novembre 1881, *Giur. tor.*, 1882, 35.

(78) Loc. cit., e in questo senso Caberlotto, op. cit., n. 71. Anche, dopo la riforma del 1901, Cuzzeri, *Il procedimento sommario*, pag. 61.

al garante, estraneo alla causa di molestia, è una domanda nuova: « è una istanza nuova e formale, con la quale il garantito propone un suo diritto contro il garante » (79). Ora, siccome ogni domanda nuova dev'essere, per l'art. 37 Cod. proc. civ. proposta con atto di citazione, la chiamata in garantia, che di fronte al terzo è una domanda nuova, gli dovrà appunto essere intimata con citazione, nelle forme ordinarie. Il nostro Codice nulla stabilisce sulla forma dell'atto di citazione, nè, come si trova stabilito in altre leggi (80), esige che in esso sia ricopiata la citazione fatta dal terzo molestante; ma si capisce che, qualora il garantito sia convenuto, egli praticamente riferirà per sunto o per esteso nell'atto di citazione del garante l'atto di citazione dell'attore principale che ha dato luogo alla chiamata in garantia.

160. — Quando (dietro, n. 156) si è brevemente confutata una teoria del Borsari, secondo il quale la chiamata in garantia dovrebbe proporsi mediante il rito incidentale, si è detto espressamente che egli, nonostante questa teoria, ritiene che di fronte al garante la chiamata in garantia — dopo risoluto l'incidente — dev'esser proposta con una ordinaria citazione; si è presentato tuttavia più di una volta il caso di una chiamata in garantia proposta, anche di fronte al garante, con una semplice comparsa di invito a presentarsi dinanzi al presidente, secondo la forma degli incidenti. Tale procedimento è stato riprovato concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza (81); infatti, se la chiamata in garantia di fronte al terzo, estraneo finora alla lite, è una domanda nuova (art. 193) che dev'essergli proposta per citazione ordinaria (art. 37), non si potrà certamente proporgliela per mezzo di comparsa come secondo il rito

---

(79) Cass. Torino, 1° luglio 1868, *Giur. tor.*, 1868, 590.

(80) Ordinanza, tit. VIII, art. 4: « *L'exploit en garantie... contiendra sommairement les moyens du demandeur, avec la copie des pièces justificatives de la garantie, de l'exploit du demandeur originaire et des pièces dont il aura donné copie* ». V. Reg. Toscano, art. 240; Reg. Gregoriano, § 861; Cod. Estense, art. 490.

(81) Il Caberlotto, op. cit., n. 35 e segg., fa dire al Borsari più di quel che egli veramente dica: secondo il Borsari e il Foschini, il rito incidentale dev'essere limitato al preventivo contraddittorio che si svolge tra le due parti in causa per discutere sulla opportunità o meno di chiamare il garante.

La chiamata in garantia dev'esser proposta al garante mediante citazione ordinaria; ma quando nella causa di molestia, iniziata a procedimento sommario, sia avvenuta la mutazione di rito (art. 1 Legge 31 marzo 1911), la citazione di garantia dovrà esser fatta a comparire *a udienza fissa* o *entro un termine*? Il Pateri (op. cit., II, n. 592) adotta questa seconda soluzione; secondo noi, al contrario, poichè dopo il 1901 tutte le citazioni si fanno a udienza fissa, si deve adottar la prima.

incidentale (art. 185), si può fare di fronte a chi è già in causa. Se la preventiva proposizione di un incidente tra le parti già in causa, allo scopo di decidere se sia o non sia il caso di citare il garante, può, sotto certi punti di vista, sembrare ragionevole, per quanto non accettabile, la proposizione della domanda in garantia di fronte al garante fatta per mezzo del rito incidentale riesce ad un « manifesto assurdo, ad un'anomalia nella legale procedura, qual è la istituzione e la trattazione di un procedimento incidentale fra persone che non sono già parti » (82).

La dottrina (83) e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere non procedibile la chiamata in garantia iniziata col rito incidentale di fronte al garante; soltanto è controverso in giurisprudenza se tal procedimento sia radicalmente nullo per nullità dichiarabile d'ufficio (84), o se, al contrario, qualora il garante compaia senza rilevare tale irregolarità, la sua comparizione sani il vizio di forma (85), opinione prevalente e preferibile.

Si capisce che mediante semplice comparsa l'azione in garantia potrà essere proposta quando il preteso garante sia già parte in causa, ma, in tal caso, non si verifica quella sospensione che è caratteristica della vera chiamata in garantia proposta contro il terzo estraneo (86) (dietro, n. 74).

§ 3. — *Effetti della proposizione della chiamata in garantia.*

161. — L'art. 197 Cod. proc. civ. stabilisce che « *la domanda in garantia non sospende il corso della causa principale se non è proposta e notificata a norma degli articoli precedenti* ». Da tale articolo rilevasi adunque — argomentando *a contrario* — che quando la chiamata in garantia è proposta e notificata nel termine e nelle

---

(82) App. Venezia, 30 aprile 1873, *Mon. trib.*, 1873, 1077; MATTIROLO, op. cit., III, n. 791 e nota 3.

(83) BIAGI, scritto cit., pag. 5 in fine e 6; CABERLOTTO, op. cit., n. 35 e segg.

(84) App. Venezia, 30 aprile 1873, già citata.

(85) App. Venezia, 31 maggio 1878, *Legge*, 1878, I, 821; Cass. Torino, 4 dicembre 1878, *Giur. tor.*, 1879, 331; Cass. Firenze, 13 marzo 1879, *Legge*, 1879, I, 501.

(86) CABERLOTTO, op. cit., n. 57, in fine; Cass. Francese, 13 dicembre 1893; DALLOZ, *Rec.*, 1894, I, 537. Per il rito sommario, l'azione in garantia contro persone costituite in giudizio può proporsi nella comparsa conclusionale: Trib. Palermo, 9 settembre 1905, *Foro sic.*, 1905, 616; Cass. Napoli, 23 settembre 1905, *Corte Napoli*, 1906, 14; Trib. Brescia, 28 ottobre 1908, *Temi lomb.*, 1908, 302; App. Torino, 30 gennaio 1909, *Filangieri*, 1909, 331.

forme precedentemente stabilite, essa ha la virtù di far sospendere la causa fino al giorno della comparizione del preteso garante (87). L'effetto principale della chiamata in garantia regolarmente proposta è adunque una *sospensione* del giudizio principale (88), la quale dura non solo per tutto il termine che, secondo quel che si è detto (dietro, n. 138) dev'essere assegnato al garante per comparire; ma anche, per tutto il tempo occorrente dopo la sua comparizione a risolvere quelle controversie incidentali dalla cui risoluzione dipende la posizione che il garante prenderà nella lite di molestia (89). Tale sospensione, che della chiamata in garantia è un caratteristico effetto (tantochè per essa la chiamata in garantia è stata classificata tra l'eccezioni dilatorie) e che rende possibile il raggiungimento di tutti i vantaggi derivanti da questo istituto processuale, si verifica solo in quanto il garantito abbia obbedito nel proporre la sua domanda a quelle norme che il legislatore ha posto, allo scopo di limitare, in favor della parte contraria, l'esercizio di un tale potere di sospensione.

La norma principale alla quale colui che vuol proporre la chiamata in garantia deve obbedire è quella di proporla dentro il termine, da noi esaminato (dietro, n. 141); ma, come già si è accennato (dietro, n. 152), diversi sono gli atti che il garantito, secondo i diversi procedimenti, deve compiere entro questo termine per ottenere la sospensione.

Trattandosi di procedimento formale, nel termine stabilito per rispondere il garantito deve compiere due atti:

1) citare il garante;

2) dar notizia di tal citazione al terzo molestante.

Quando, allo scadere del termine stabilito per rispondere, il ga-

---

(87) Il Biagi (scritto cit., § V, « *Proposta di riforme* ») vorrebbe che gli articoli 196 e 197 fossero riuniti in uno solo, e redatti in termini tali da « spiegare esplicitamente come la notificazione all'attore originario della già proposta domanda in garantia importi deduzione di vera e propria eccezione dilatoria, avente forza di sospendere *ipso jure* il corso della causa principale fino a che non sia stato posto in causa il terzo chiamato..., e come la sospensione debba cessare, qualora, dopo scaduto il termine a rispondere, il convenuto denunciante richiesto dall'attore non si presti a giustificare il fatto della operata citazione del terzo preteso garante » (pag. 13).

(88) V. ciò che si è detto sulla *dilatio denunciatoria* del diritto comune e sul *jour de garant* del diritto francese (dietro, nn. 29 e 34).

(89) Boncenne, op. cit., III, pag. 381; Cuzzeri, op. cit., art. 197, nota 1; Caberlotto, op. cit., n. 56; App. Venezia, 20 settembre 1877, *Temi ven.*, II, 503, e nota. Non mai però la sospensione potrebbe durare fino all'esito della causa in garantia la quale, come dirò nel seguente capitolo, non è una questione incidentale da risolversi in precedenza. V. App. Milano, 25 gennaio 1871, *Giur. it.*, 1871, 2, 32.

rantito abbia compiuto l'uno e l'altro di questi due atti, la causa di molestia si sospende senza bisogno di ordine del giudice, per tutto quel tempo che egli garantito, nella citazione fatta al garante, gli ha assegnato per comparire in giudizio.

Diversa è la cosa per il procedimento sommario dinanzi ai Tribunali e per il procedimento dinanzi ai pretori e dinanzi ai conciliatori: in questi casi il garantito deve compiere un solo atto, dar notizia alla parte contraria, durante quel periodo dell'udienza che si svolge dinanzi al presidente (o nella prima risposta, dinanzi al pretore e conciliatore) della sua intenzione di chiamare un garante. Purchè, entro questo termine, il garantito manifesti la sua intenzione, il giudice deve senz'altro ordinare la sospensione della causa per tutto il termine necessario a dar tempo al garantito di citare il garante e al garante di comparire.

162. — Se, nel nostro procedimento formale, stabilito dall'art. 193, il garantito abbia citato il garante, senza darne notizia alla parte contraria; o abbia avvertito la parte contraria della sua intenzione, senza eseguir realmente la citazione (90); o non abbia compiuto nè l'uno nè l'altro di questi due atti, — la causa di molestia non subisce nessuna sospensione e non potrà più, anche se il garantito ripari fuori del termine alla sua omissione, essere sospesa in seguito.

Se, nel procedimento sommario (91), il garantito, invece di proporre la chiamata in garantia dinanzi al presidente, la propone dinanzi al collegio, la chiamata in garantia non ritarderà la decisione della lite principale (art. 32 R. D. 31 agosto 1901 capov. ultimo); se, dinanzi al pretore, la garantia non è domandata nella prima risposta (art. 422), non potrà più in seguito produrre sospensione della causa di molestia; analoga regola vale per i conciliatori (92). « La negligenza del convenuto — dice la *Relazione Pisanelli* a spiegazione di tale norma — non deve ricadere a danno dell'attore, il quale è sempre interessato alla pronta definizione della controversia ».

---

(90) L'art. 193 Cod. proc. civ., stabilendo che la domanda di garantia deve esser proposta nel termine per rispondere, ch'è un termine *invariabile* di 15 giorni, non ha riguardo al caso, teoricamente possibile, in cui, tra il domicilio del garantito e quello del garante passi tale distanza che per far pervenire la citazione fino al garante occorra un tempo maggiore di 15 giorni. A ciò provvede invece la legge francese, aumentando il termine di un giorno ogni 5 miriametri di distanza (art. 175 Cod. proc. civ.).

(91) Per il rito sommario dopo il 1901, v. App. Napoli, 31 marzo 1909, *Gazz. proc.* XXXVI, 112; Pateri, op. cit., I, n. 781.

(92) App. Bologna, 20 giugno 1879, *Gazz. trib. Milano*, 1879, 1018; App. Genova, 28 giugno 1909, *Temi gen.*, 1909, 467.

163. — Se l'inosservanza del termine fa sì che non si verifichi più *ipso iure* la sospensione della causa di molestia (talchè in questo senso si può dire che il termine stabilito dall'art. 193 è *perentorio*), non si deve credere che la chiamata in garantia, proposta fuor del termine e senza la notificazione alla parte contraria, sia nulla di fronte al garante (93).

La chiamata in garantia, tardivamente proposta, impedirà ordinariamente — poichè la causa di molestia non si arresterà più, per attender la comparizione del garante — che le due cause possano svolgersi in un *simultaneus processus;* ma resterà sempre, come già si è detto (dietro, n. 105), quell'*idem judex,* dal quale è opportuno che vengano giudicate tutte e due le cause, nè il garante potrà, per esser stato tardivamente citato, eccepire la incompetenza territoriale, poichè la competenza del *forum connexitatis* non viene meno di fronte al garante per la inosservanza del termine (94).

La chiamata in garantia di fronte al garante ha il carattere di un'azione principale: se essa è proposta nei termini e nelle forme voluti dalla legge, essa acquista, di fronte al terzo molestante, un carattere di controversia incidente, pur senza perdere, di fronte al garante, il carattere di controversia principale; ma, quando non sia proposta nei termini e nelle forme, essa diventa nè più nè meno che un'azione proposta in via principale contro il garante, allo stesso foro ove pende la lite originaria.

Indipendentemente dai termini che devono essere osservati per far sospendere la lite principale, il garantito può sempre, fino alla ultimazione della lite di molestia, proporre la sua azione di garantia in via principale dinanzi all'autorità, avanti la quale pende la lite di molestia stessa.

Il MATTIROLO (95) reputa che l'azione di garantia non si possa promuovere in giudizio principale, se non dopo che il garantito è rimasto soccombente nella causa che sostenne come attore o come convenuto contro il terzo. « Infatti — egli dice — il *garantire* importa l'obbligo di *difendere,* e la difesa suppone necessariamente l'*offesa.* La difesa può essere *contemporanea* o *successiva;* ma, se *contemporanea*

---

(93) Sembra che ciò creda il FERRARA, secondo il quale l'atto di chiamata in garantia « nullo perchè fatto dopo la scadenza del termine », può esser tenuto fermo, per un fenomeno di *conversione,* come atto d'invito all'intervento (*Sulla conversione del negozio giuridico processuale,* in *Studii e questioni di diritto processuale civile*).

(94) Cass. Torino, 25 marzo 1868, *Giur. tor.,* 1868, 576; App. Trani, 3 giugno 1907, *Foro Puglie,* 1907, 362; CARRÉ, op. cit., quest. 766.

(95) Op. cit., III, n. 778.

all'offesa, è mestieri che il chiamato in difesa sia evocato ovvero intervenga volontariamente nella causa in cui il garantito è minacciato ». Secondo quest'ordine di idee, disponeva l'Ordinanza francese del 1667, all'art. 7 del Tit. VIII che, una volta scaduto il termine per la comparsa del garante, « il n'y aura point d'autre delay..., sauf, *après le jugement de la demande principale,* à poursuivre les garants ». Ma il Codice del 1807 non riprodusse nel suo art. 178 la limitazione, secondo la quale, se il garante non era stato efficacemente chiamato in causa in via incidentale, si poteva intentargli azione di garantia in via principale soltanto *dopo la emanazione* della sentenza nella causa di molestia: « purchè non si porti alcun ritardo alla decisione della causa che è in istato di esser giudicata, ciascuno deve avere il diritto di perseguire il garante quando vuole », disse il Relatore del Codice francese (96).

Lo stesso deve ritenersi, contrariamente all'opinione del Mattirolo, nella nostra legge.

L'azione di garantia può essere esercitata dal garantito, a sua scelta, o in via principale o in via incidentale: la legge, mentre all'esercizio di tale azione in via principale non pone nessun limite di tempo e di modo, pone i limiti degli artt. 193 e 196 all'esercizio di essa in via incidentale. Trascurati quel termine e quelle modalità, l'azione di garantia non può più essere proposta in via incidentale, cioè non può più esser proposta in modo da far sospendere la causa di molestia e da riunirsi con essa *ipso iure;* ma può sempre esser proposta in via principale dinanzi al foro di connessione (dietro, n. 103) fino a che vi penda la causa di molestia. La stessa legge, quando, agli artt. 197 e 199 Cod. proc. civ., pone norme miranti a far sì che la questione di garantia non ritardi la decisione della questione di molestia, ammette, come anche il Mattirolo riconosce, la possibilità che la questione di garantia venga trattata in giudizio separato contemporaneamente colla trattazione della questione di molestia: nè vedo perchè si dovrebbe negare tal possibilità per l'azione di garantia proposta senz'altro in via principale. Il Mortara, che è di questa opinione (97), scrive che « l'impossibilità allegata di domandare il rilievo da una condanna prima che questa sia pronunziata, od in genere di un danno prima di averlo subìto, è obbiezione vacua, bastando considerare che la domanda per garantia è sempre condizionata e quindi può concepirsi su di essa una decisione condizionata a carico dell'obbligato alla garantia » (98); osservazione che appare perfettamente giusta, quando si

---

(96) Carré, op. cit., CXXXVI; Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 409.

(97) *Comm.*, III, n. 446.

(98) In questo senso, la bella sentenza Cass. Roma, 29 maggio 1890, *Legge,*

pensi alle cose già dette da noi intorno al carattere di domanda condizionata che riveste sempre la domanda di garantia (dietro, n. 69).

164. — Il termine per la proposizione della chiamata in garantia è stabilito allo scopo di non esporre la causa di molestia a illimitati ritardi, ed è quindi *nel solo interesse del terzo molestante*, al quale soltanto spetta rilevarne la inosservanza, che non potrebbe esser rilevata d'ufficio dal giudice (99). La inosservanza del termine non produce nullità dell'azione di garantia, onde non potrebbe il garante, tardivamente citato, eccepire la decadenza del termine, per ottenere la propria assolutoria dall'osservanza del giudizio; la chiamata in garantia, proposta tardivamente di fronte alla questione di molestia, che per tale tardività non può essere sospesa, è sempre tempestivamente proposta contro il garante, il quale, tutt'al più, qualora la tardività della chiamata gli impedisca di assumere una difesa che altrimenti sarebbe stata valida, può farsi assolvere dal merito della domanda di garantia (100). Non solo egli non ha diritto di chiedere l'assolutoria dall'osservanza del giudizio, ma neppure potrà chiedere la separazione della causa di garantia da quella principale, quando il terzo molestante non abbia eccepito al garantito la inosservanza del termine e le cause siano state riunite non ostante tale inosservanza; tal separazione potrebbe, secondo alcuni giudicati, esser chiesta quando la chiamata tardiva pregiudicasse le ragioni del garante, nel senso di rendergli impossibile una difesa che, chiamato a tempo, egli avrebbe potuto portare efficacemente (101); ma anche in tal caso noi crediamo che questo pregiudizio possa soltanto produrre il rigetto in merito della domanda di garantia (102).

165. — La inosservanza del termine non produce dunque nessun effetto di fronte al garante. Invece di fronte al terzo molestante,

---

1890, 2, 219. Contro: la sentenza alla quale si appoggia il MATTIROLO, Cass. Torino, 14 luglio 1886, *Giur. tor.*, 1886, 496.

(99) MORTARA, *Comm.*, III, n. 446.

(100) MATTIROLO, op. cit., III, n. 787; GARGIULO, op. cit., art. 193 e 197; Cass. Torino, 28 febbraio 1879, *Giur. tor.*, 1879, 252; App. Venezia, 11 giugno 1889, *Temi ven.*, 1889, 521. Per i pretori: Cass. Firenze, 8 maggio 1882, *Temi ven.*, 1882, 321. Dottrina e giurisprudenza francese unanimi: CARRÉ, op. cit., quest. 764; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 410; DE PAEPE, op. cit., n. 56; GARSONNET, op. cit., § 943; Cass. Francese, 2 dicembre 1890, *Journal du Palais*, 1894, 1, 342.

(101) Cass. Firenze, 3 marzo 1890, *Legge*, 1890, II, 186; App. Catania, 8 febbraio 1907, *Foro it., Rep.* 1907, v. « *Amministrazione* », n. 11.

(102) App. Torino, 11 maggio 1901, *Giur. tor.*, 1901, 754. L'eccezione che a favore del garante non chiamato in causa è data dall'art. 1497 Cod. civ. è oppo-

siccome affinchè si verifichi *ipso iure* la sospensione della causa originaria occorre che la domanda di garantia sia fatta entro il termine, per la inosservanza di esso si renderà impossibile di regola quella unione di cause che della chiamata in garantia proposta nei termini è caratteristico effetto.

Senonchè (e in questo senso si può dire che il termine posto dall'art. 193 *non è perentorio*) possono esservi dei casi nei quali, quantunque il termine non sia stato osservato, la chiamata in garantia ha tuttavia l'effetto di far sospendere la causa di molestia, e di produrre l'unione delle due cause in un *simultaneus processus*. Reputa infatti la giurisprudenza prevalente (103) che, sebbene la domanda di garantia sia stata proposta dopo scaduto il termine, può *per decisione del giudice* (non più, quindi, *ipso iure*) esser sospesa la causa di molestia, se la domanda in garantia presenta un carattere di serietà, se non è stata fatta allo scopo di ritardare la sentenza principale, e se è d'interesse di tutte le parti che le due questioni vengano giudicate con una stessa decisione.

E, in quanto all'unione delle due cause, potrà darsi che il garante, sebbene la sua chiamata fatta fuor dei termini non abbia avuto effetto di far sospendere la causa di molestia, compaia quando la causa di molestia, andata molto in lungo con mezzi istruttorî e con sentenze interlocutorie, è tuttora in via di trattazione; in modo che sia sempre possibile di riunire con giovamento la questione di molestia ancora aperta con la questione di garantia. In tal caso si potrà, per accordo delle parti o per ordine del giudice, procedere a quella riunione di cause connesse regolata oggidì dall'art. 31 R. D. 31 agosto 1901 (già dall'art. 229 del Regolamento generale giudiziario) (104); ciò tanto per il procedimento formale quanto per il pro-

---

nibile non soltanto quando la chiamata in garantia sia stata del tutto tralasciata, ma anche, secondo noi, quando la chiamata sia stata eseguita tardivamente, in modo da render più gravoso o addirittura impossibile al garante l'adempimento della sua obbligazione. V. la mia nota citata « *Sulla efficacia...* ecc. », n. V.

(103) GLASSON, *Précis*, I, pag. 500; GARSONNET, op. cit., § 943; Corte di Bordeaux, 21 febbraio 1906, *Journal du Palais*, 1907, II, 108, e giurisprudenza ivi citata in nota.

(104) App. Venezia, 28 ottobre 1881, *Mon. trib.*, 1882, 151; Trib. Lucera, 29 agosto 1900, *Foro Puglie*, 1900, 419; App. Palermo, 7 marzo 1904, *Foro sic.*, 1904, 300; MORTARA, *Comm.*, III, n. 446, e già citata sentenza Cass. Roma, 29 maggio 1890. Anche la dottrina francese è in questo senso: v. CHAUVEAU in CARRÉ, op. cit., quest. 768 *bis*. Il Reg. Gregoriano al § 865 stabiliva espressamente che anche nei casi in cui la chiamata in garantia fosse stata proposta fuori di termine, era in facoltà dei giudici il « decidere congiuntamente o separatamente la domanda principale e l'istanza contro il terzo per la garantia, avuto riguardo alle circostanze di ciascun caso particolare ».

cedimento sommario, nel quale la questione di garantia, sebbene sia stata proposta dinanzi al collegio, può praticamente venire in discussione prima che sia chiusa l'istruttoria della causa di molestia (105).

Ma c'è una differenza tra l'unione delle due cause derivante dall'osservanza dei termini e delle forme, e l'unione derivante da un successivo provvedimento del giudice: chè, nel primo caso, la unione avviene *ipso iure* (avanti, n. 189); mentre nel secondo l'unione ha bisogno di essere dichiarata, come per tutte le unioni di cause connesse ugualmente principali.

166. — È implicito nell'art. 197 Cod. proc. civ. che, una volta scaduto il termine stabilito per proporre la chiamata in garantia, non se ne può chiedere un altro. Nella parte storica di questo studio (dietro, n. 29), ho accennato agli abusi che colla richiesta di successivi rinvii venivano a intralciare il celere svolgimento dei processi civili in Francia, e alle proibizioni fatte dalle Ordinanze per reprimerli. L'Ordinanza del 1667 all'art. 7 del tit. VIII, stabiliva espressamente che « *il n'y aura d'autre delay d'amener garant en quelque matière que ce soit, sous pretexte de minorité, bien d'eglise, ou autre cause privilegée* »; e tal disposizione si ritrova quasi identica nell'art. 178 Cod. proc. civ. francese. In esso si esclude che la regola stabilita dall'art. 2252 Cod. Napoleone, secondo il quale la prescrizione si sospende in favore dei minori e degli interdetti, possa avere influsso sul decorrere dei termini del processo (106), e si afferma che per nessun'altra causa privilegiata potrà essere accordato un secondo termine; inutile disposizione, non essendovi più in Francia persone che godano, come un tempo la Chiesa, i nobili e i borghesi di Parigi, di speciali termini per proporre la chiamata in garantia, e di speciali sospensioni di procedimento, come gli ufficiali dell'armata e i pubblici funzionarî (107).

Il nostro Codice ha giustamente taciuto una disposizione ormai anacronistica e implicitamente contenuta nei principî generali del diritto (108).

---

(105) Mortara, *Comm.*, III, n. 447; Cuzzeri, *Il procedimento sommario*, pag. 61. Reputa poi il Mortara (loc. cit.) che la domanda di garantia anche proposta innanzi al collegio può costituire uno di quei gravi motivi per i quali il collegio ha facoltà, secondo l'art. 5 Legge 31 marzo 1901, di rinviare la discussione della causa ad una udienza prossima.

(106) Garsonnet, op. cit., § 512.

(107) Id., op. cit., § 542.

(108) Gargiulo, op. cit., art. 197, VI. In base a tal principio è stato stabilito che il termine dell'art. 193 si applica anche all'amministrazione dello Stato che voglia citare in garantia qualche privato: App. Genova, 20 agosto 1888, *Eco di giur. civ.*, 1888, 273.

Capitolo VIII

QUESTIONI PRELIMINARI

Sommario

166 *bis*. Partizione.

§ 1. — *Effetti della mancata comparizione del garante.*

167. Cause possibili della mancata comparizione. — 168. Il garante non è stato citato. — 169. O è stato citato tardivamente. — 170. Possibilità di rimedio. — 171. Contumacia del garante: si applica l'art. 382, capoverso, Cod. proc. civ.

§ 2. — *Questioni incidentali.*

172. Partizione: *a*) questioni tra garantito e terzo molestante; *b*) questioni tra garantito e garante. — 173. *a*) Suddivisione. — 174. Opposizione del terzo molestante alla sospensione della causa di molestia. — 175. Esempî: nel procedimento formale. — 176. Negli altri procedimenti. — 177. Opposizione del terzo molestante alla unione delle due cause: art. 199 Cod. proc. civ., capoverso. — 178. Questioni sull'interpretazione di questa disposizione. — 179 Effetti della separazione delle due cause. — 180. Opposizione del terzo molestante all'uscita di causa del garantito. — 181. *b*) Questioni tra garantito e garante. — 182. Rientra tra queste la questione di garantia? — 183. Opposizione del garante alla chiamata in causa. — 184. Il garante non può chiedere la separazione delle due cause. — 185. Eccezioni. — 186. Questioni fra terzo molestante e garante. — 187. Questioni incidentali nel caso di sub-garantia. — 188. Procedimento per risolvere tali questioni: art. 199 Cod. proc. civ.

§ 3. — *Unione delle due cause.*

189. Si opera *ipso iure*, se la chiamata in garantia è regolarmente proposta. — 190. Riassunto.

166. *bis*. — La chiamata in garantia è stata regolarmente proposta nel termine stabilito (dietro, n. 141), e, se si tratta di procedimento formale, è stata nel termine medesimo notificata alla parte contraria. La causa di molestia è così restata sospesa fino all'udienza nella quale il garante deve comparire.

All'udienza stabilita possono verificarsi due casi:

a) il garante non compare;

b) il garante compare.

§ 1. — *Effetti della mancata comparizione del garante.*

167. — Consideriamo il primo caso. Facendo la ipotesi più comune di giudizio svolgentesi a rito sommario dinanzi ai Tribunali, si supponga che *B*, citato da *A*, abbia chiesto ed ottenuto dal presidente un rinvio per mettere in causa il suo garante *C*. Nell'udienza alla quale la causa è stata rinviata, *C* non compare. Tale mancanza di comparizione può verificarsi per due ragioni: o perchè *B* non si sia dato cura di citare il suo garante, o perchè *C*, sebbene sia stato citato, si renda contumace.

168. — Se all'udienza stabilita *C* non compare e *B* non ha modo di provare di aver realmente citato il suo garante, coll'esibir la copia di citazione resagli dall'ufficiale giudiziario (dietro, n. 157), la causa di molestia riprende senz'altro il suo corso. Se si tratta di procedimento sommario, la questione di molestia può subito esser trattata in udienza e spedita a decisione; se si tratta di rito formale, non ricomincia già a decorrere pel garantito un nuovo termine entro il quale egli abbia a notificare le sue risposte o le sue repliche, ma riprende corso quel termine che aveva cominciato a decorrere prima della chiamata in garantia (1).

Ma, oltre a questo effetto processuale, per il quale la questione di molestia riprende il suo corso sospeso, non sarà sottoposto a una azione di danni colui che ha chiesto il rinvio per eseguire una chiamata in garantia che poi non ha eseguito, colui che ha costretto la controparte ad attendere per un lungo termine, senza nessuno scopo men che defatigatorio?

L'art. 179 Cod. proc. civ. francese ha in proposito una disposizione esplicita, stabilendo che il garantito, il quale ha avvertito la parte contraria della sua intenzione di chiamare un terzo in garantia, deve allo spirare del termine a lui spettante per citare effettivamente questo terzo, giustificare di averla realmente eseguita, nel qual caso la lite principale seguita ad essere sospesa fino al dì della comparizione del garante; ma se tale giustificazione egli non fa, non solo si deve trattare senz'altro la questione principale, ma anche si può condannare il sedicente garantito « *à des dommages-intérêts, si la demande en garantie par lui alléguée se trouve n'avoir pas été formée* » (2). Analoga disposizione si trovava nel Codice sardo, che al-

---

(1) App. Milano, 12 gennaio 1871, *Annali*, 1871, 2, 47; MATTIROLO, op. cit., III, n. 786 e nota; RICCI, op. cit., I, n. 442.

(2) Il BONCENNE, op. cit., III, 385, dice: « Je voudrais que l'avoué qui a signifié la fausse déclaration en supportat la solidarité. Heureusement cette fraude

l'art. 257 disponeva: « *Ove spirato il termine stabilito per la citazione in garantia, il convenuto non giustifichi di aver citato il garante, si procede ulteriormente nella causa principale, e se la domanda in garantia allegata dal convenuto non è stata fatta, questi viene condannato nei danni ed interessi* ».

Tal disposizione non ripetuta nel Codice nostro, s'ha da ritenere applicabile anche nel nostro diritto? Io, col CUZZERI, credo di sì, essendo essa una conseguenza assai naturale dei principî generali che colpiscono la frode sotto qualunque forma (3); in tanto adunque il garantito che non ha citato il garante nel termine a ciò assegnatogli sarà responsabile dei danni cagionati alla controparte dalla inutile sospensione, in quanto tali danni si siano verificati per sua colpa, o, tanto peggio, per sua frode.

169. — Potrebbe anche, nel procedimento sommario davanti ai Tribunali e in quello davanti ai pretori e ai conciliatori, succedere che, assegnato al garantito un termine per chiamare il garante, nel giorno della udienza prestabilita per la comparizione di questo garante il garantito provi di aver fatta la citazione, ma di essersi ridotto a farla negli ultimi giorni del termine concesso, cosicchè, per il necessario rispetto del termine a comparire al quale ogni citato ha diritto, il garante comparirà soltanto in una udienza successiva. Per esempio: *A* cita *B*, il quale, alla prima udienza, ottiene un rinvio di venti giorni per chiamare in garantia *C*; in questi venti giorni egli dovrebbe fare in modo di citare *C*, lasciandogli tutto il termine cui egli ha diritto per poter comparire allo scadere dei venti giorni. Mettiamo che *C*, per il suo domicilio, abbia diritto a un termine minimo di quindici giorni. *B*, invece di eseguire la citazione nei primi cinque giorni dei venti assegnatigli dal presidente, la esegue quando mancano solo cinque giorni allo spirare di questo termine; in modo che non può più citare *C* a comparire per la udienza prestabilita, per giungere alla quale si hanno solo cinque giorni disponibili, ma deve citarlo, per lasciargli libero tutto il termine di quindici giorni cui ha diritto, per una udienza posteriore di almeno dieci giorni alla udienza prestabilita. In tal caso potrà il garantito il giorno

---

se commet rarement ». V. Cod. Parmense, art. 224; Cod. Napoletano, art. 273; Cod. Monegasco, art. 268.

(3) CUZZERI, op. cit., 196, n. 1, in fine. Ciò mi pare implicitamente negato dalla sentenza 30 novembre 1909 App. Venezia, *Temi-Annali*, 1910, pag. 35, ov'è detto che, se nel nuovo procedimento sommario il garante non sia stato chiamato in giudizio nel termine concesso dal presidente, l'*unico diritto* che ne avrà acquistato l'attore principale sarà quello di far immediatamente discutere la causa.

della udienza prestabilta, chiedere un altro rinvio fino all'udienza per la quale il garante è stato effettivamente citato, provando di aver fatto per quella udienza la citazione regolare?

No, perchè la sospensione della causa non può essere più a lungo protratta quando il primo termine è spirato: e, anche qui, la mancata comparizione del garante farà riprendere alla causa principale il suo corso senza indugi ulteriori.

170. — Altra ipotesi: il giorno della udienza prestabilita per la comparizione del garante, questi non compare, perchè il garantito ha trascurato di citarlo; la parte contraria nella causa di molestia avrebbe diritto di far trattare subito la questione restata finora sospesa. Ma, per ragioni indipendenti dalla questione di garantia, essa chiede che la trattazione della causa sia rinviata a un'altra udienza. Potrà il garantito, entro questo periodo, rimediare alla sua trascuratezza, e citare il garante per la nuova udienza alla quale la causa è stata rinviata? Certamente: e il terzo molestante non potrà opporsi alla contemporanea trattazione delle due cause, per il solo pretesto che la chiamata in garantia non sia stata fatta entro il primo termine, quando alla prima decadenza il garantito ha potuto efficacemente rimediare (4). Mi sembrerebbe, peraltro, giusta una distinzione già fatta (dietro, n. 165), che in questo caso le due cause in tanto verrebbero unite in quanto se ne chiedesse la riunione; mentre nel primo caso (garante comparso nel termine), la riunione sarebbe avvenuta senza ulteriore dichiarazione.

171. — Ma la mancata comparizione del garante può derivare non dal fatto del garantito che ha trascurato di citarlo entro il termine a ciò accordatogli, ma dal fatto del garante stesso, che regolarmente citato, non vuole o non può comparire. Se il garante è stato citato in persona propria, per effetto della sua mancata comparizione il garantito farà dichiarare la sua contumacia e la causa di molestia riprenderà senz'altro il suo corso, pronunciandosi contemporaneamente sulla questione di garantia in confronto del garante, senza che questi possa poi impugnar la sentenza mediante opposizione contumaciale (5). Ma se il garante non è stato citato

---

(4) Citata sentenza 30 novembre 1909 App. Venezia: « Dato che l'attore, in procedimento sommario, invece di valersi del suo diritto di discutere immediatamente, acconsenta di rinviare la causa ad una udienza successiva, nulla impedisce che per quest'altra udienza il convenuto chiami ad intervenire in lite come garante una terza persona ».

(5) Anche in caso di contumacia del garante la chiamata in garantia avrà

in persona propria, qualora il garantito lo facesse dichiarar contumace e facesse decidere congiuntamente alla questione di molestia anche la questione di garantia, il garante contumace avrebbe in tal caso diritto, per l'art. 474 Cod. proc. civ., di fare opposizione alla sentenza, sia in quanto decide la questione di garantia, nella quale egli è stato convenuto contumace, sia in quanto decide la questione di molestia, nella quale egli è stato chiamato in causa contumace (avanti, Cap. XI).

Ad evitare la opposizione del contumace provvede in generale l'art. 382 Cod. proc. civ., il quale contiene due disposizioni per due casi diversi:

a) un attore e un convenuto: « *quando la contumacia riguardi il convenuto che non sia stato citato in persona propria, l'attore* PUÒ, *per l'effetto indicato nel capoverso dell'art. 474, fargli notificare un nuovo atto di citazione, con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia* »;

b) un attore e più convenuti: « *se tra due o più convenuti alcuno sia stato citato in persona propria, o comparisca, e alcuno non citato in persona propria non comparisca, l'attore, se non rinunci all'effetto della citazione contro il non comparso,* DEVE *farlo citare nuovamente colla dichiarazione suddetta* ».

Questa seconda disposizione si potrà applicare al caso della mancata comparizione del garante non citato in persona propria? Letteralmente essa non pare applicabile, perchè, mentre essa contempla il caso di *più persone convenute da uno stesso attore,* nella ipotesi in esame il solo garantito figura come direttamente convenuto dal terzo molestante, e sarebbe assurdo obbligare il terzo molestante attore a rinnovare la citazione al garante, che di fronte a lui non ha assunto la veste di convenuto (6). Ma, d'altra parte, si deve riconoscere che, anche nel caso della contumacia del garante non citato in persona propria, si verifica l'inconveniente a riparare il quale mira il capoverso dell'art. 382 Cod. proc. civ. Infatti, se fosse dichiarato contumace il chiamato in garantia, non citato in persona propria, la stessa sentenza che avesse deciso sulla questione di molestia e sulla questione di garantia, sarebbe contemporaneamente sottoposta all'opposizione contumaciale del garante e all'appello delle altre parti: si verificherebbe cioè proprio quella even-

---

sempre recato al garantito il duplice vantaggio di sfuggire all'eccezione dell'art. 1497, e di far condannare al risarcimento il garante, mediante l'azione di regresso. V. MATTIROLO, op. cit., III, n. 801.

(6) BONCENNE, op. cit., III, pag. 391, confutando una sentenza contraria della Corte di Poitiers del 1828. Tale assurdo, del resto, non si verificherebbe quando il garantito fosse attore.

tualità contro la quale il nostro art. 382 capoverso, rende obbligatoria la rinnovazione della citazione al contumace e l'art. 152 Cod. proc. civ. francese stabilisce l'unione della contumacia (*défaut profit joint*).

Ciò posto, siccome non si può obbligare l'attore principale a rinnovare la citazione al garante che non è un suo convenuto diretto, nè, d'altra parte, si può permettere che il giudizio si svolga in contumacia del garante non citato in persona propria, il che potrebbe condurre a una sentenza contumaciale per il garante, e appellabile per le altre due parti, la soluzione che generalmente si segue e che anche a noi già parve la migliore (7), è questa: separare le due cause, in modo che siano decise con due diverse sentenze. Così, si dice, la causa tra garantito e terzo molestante sarà una causa in contraddittorio, quella tra garantito e garante sarà un causa contumaciale, nella quale il garantito potrà valersi o no, agli effetti di evitare la opposizione contumaciale del garante non comparso, della facoltà concessagli dall'art. 382, nella prima disposizione. Separate le due cause, se il garantito vorrà rinnovare la citazione al garante, ciò non obbligherà il terzo molestante a tollerare una seconda sospensione della propria causa. Se poi il terzo molestante acconsentirà spontaneamente a sopportare questa sospensione, allora non importerà che le due cause vengano disgiunte (8).

Ma, adottando questa che è l'opinione generalmente accolta, si dimentica che, anche separando le due cause, il garante sèguita a figurare nella causa di molestia come chiamato in causa contumace. Si sa infatti che la chiamata in garantia comprende in sè una domanda di garantia, che inizia una nuova causa, e una domanda di intervento, che mira a estendere al garante gli effetti del giudizio di molestia (dietro, n. 67); ora, se il garante non comparisce, egli è doppiamente contumace, cioè tanto nella questione di garantia, come convenuto principale, quanto nella questione di molestia, come chiamato in causa. Appare da questo che, anche separando le due cause, nella causa di molestia si seguiterà ad avere un convenuto comparso (garantito) ed un chiamato in causa contumace (garante); e, se la separazione delle cause non basta a rimediare all'inconveniente, si dovrà concludere per l'applicabilità al caso in questione dell'art. 382 capoverso.

Il capoverso dell'art. 382 Cod. proc. civ. dev'essere d'altra parte applicato, avendo riguardo allo spirito che lo informa; e una notèvole

---

(7) V. *Appendice* al *Trattato* del GARSONNET, citata, n. 46.

(8) CARRÉ, op. cit., quest. 769; BONCENNE, op. cit., III, pag. 388; GARSONNET, op. cit., § 2192, e concorde giurisprudenza ivi citata; MANCINI, *Comm. Cod. proc. civ. Sardo*, II, DCCXXIX; CUZZERI, op. cit., art. 197, nota 2.

giurisprudenza lo ritiene infatti applicabile anche quando i convenuti siano dei semplici chiamati in causa, citati da una qualunque delle parti in causa, anche diversa dall'attore principale (9). Si capisce che, applicando l'art. 382 capoverso al caso di chiamata in garantia, la citazione al garante non comparso dovrà esser rinnovata non già dal terzo molestante, ma dal garantito che, di fronte al chiamato in garantia, ha veste d'attore; il terzo molestante, da parte sua, siccome questa rinnovazione di citazione è voluta dalla legge, non potrà rifiutarsi di attendere per la trattazione della questione di molestia la scadenza del nuovo rinvio (10).

§ 2. — *Questioni incidentali.*

172. — Abbiamo esaminato il caso nel quale il garante, o per negligenza del garantito o per contumacia, non compare; ma, anche quand'egli è stato regolarmente citato, prima che sia definitivamente messo in causa come parte nella questione di merito, si deve risolvere quelle questioni prevedute dell'art. 199 Cod. proc. civ., le quali devono essere proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti: tali questioni sono tutte quelle pregiudiziali che si oppongono alla costituzione in causa del preteso garante, per cui si pretenda irricevibile la proposta domanda in linea d'ordine, e in generale tutte quelle, che, senza entrare nel merito delle due domande (di molestia e di garantia), tendono a stabilire la rispettiva posizione delle parti in giudizio (11).

Tali questioni incidentali possono distinguersi in due principali categorie:

a) Questioni tra garantito e terzo molestante;

b) Questioni tra garantito e garante (12).

---

(9) Bruno, *Contumacia civile* (*Dig. it.*, VIII, 3.ª), n. 29; Cass. Roma, 19 novembre 1894, *Foro it.*, 1895, 1, 12; App. Genova, 9 ottobre 1895, *Foro it.*, 1896, 1, 56. Contro: App. Trani, 31 agosto 1886, *Giur. di Trani* con nota del Pugliese; App. Bologna, 16 febbraio 1894, *Mon. giur.*, 1894, 65. V. in questo senso Dalloz, *Rép.*, v. « *Jugement par défaut* », n. 71.

(10) App. Genova, 22 agosto 1894, *Temi gen.*, 1894, 626: « Se il chiamato di garantia citato per tale udienza non comparisce, ben può chi lo evocò in giudizio chiedere un termine per rinnovare la citazione agli effetti dell'art. 382 Cod. proc. civ. ».

Il Reg. Toscano stabiliva espressamente che le regole dei giudizî contumaciali nei quali soltanto alcuni tra più convenuti fossero comparsi si applicavano anche al caso della chiamata in garantia (art. 246).

(11) Biagi, op. cit., pag. 10; Cuzzeri, op. cit., art. 199, 1.

(12) Mattirolo, op. cit., III, n. 792.

173. — *a*) Cominciamo dalle questioni incidentali che possono sorgere tra garantito e terzo molestante. Tali questioni possono a loro volta suddividersi in due sottocategorie desunte dal momento in cui sorgono: alcune, cioè, possono sorgere appena il terzo molestante abbia notizia della intenzione che ha il garantito di chiamare in causa il garante, e mirano a decidere se la causa di molestia debba o no essere sospesa fino alla comparizione del garante; altre, invece, sorgono quando il garante è comparso e mirano a decidere se la causa di molestia, rimasta sospesa fino alla comparizione del garante, debba in seguito svolgersi congiunta colla questione di garantia o separata da essa.

174. — Ho già detto che la chiamata in garantia, proposta nei termini e nelle forme volute dalla legge, ha l'effetto di sospendere *ipso jure* la questione di molestia, in modo che, se il garantito è stato diligente ad osservar queste forme e questi termini, il terzo molestante non potrà impedire che la decisione sulle proprie domande sia differita fino al giorno nel quale il garante deve comparire.

Non potrebbe, quindi, la controparte opporsi alla sospensione della causa per il solo fatto che dovendosi assegnare un termine assai lungo di comparizione per la lontananza del domicilio del garante, tale sospensione fosse per avere una assai lunga durata. Riferisce il Boncenne che nella seduta del Consiglio di Stato francese, 14 Floreale anno XIII, fu domandato da uno degli intervenuti: « Una parte potrebbe dunque, allo scopo di differir la sentenza, chiamare in garantia una persona domiciliata alla Guadalupa; e in questa ipotesi, sarebbe dunque necessario attendere lo spirar del termine della citazione? ». Al che rispondeva il Gran Giudice: « Se questa parte *avesse diritto* di chiamare in garantia la persona citata, non si potrebbe procedere oltre nel giudizio principale » (13).

Ma, se il terzo molestante non può opporsi alla sospensione della causa per il solo motivo della lunghezza del termine, che, a ragione della lontananza del domicilio del garante, deve essergli concesso per comparire, non avrà egli alcun mezzo per impedire tale sospensione, quando ravvisi la domanda di garantia infondata ed ingiusta?

175. — Esaminiamo la questione nel procedimento formale, che più si avvicina al procedimento francese dinanzi ai Tribunali. *A* cita *B*, il quale, nel termine stabilito dall'art. 193, gli notifica di aver chiamato in causa il garante *C* con citazione di cui gli comunica la copia

---

(13) Boncenne, op. cit., III, pagg. 381-382.

autentica. La chiamata in garantia è regolarmente proposta, ed *A* dovrebbe rassegnarsi a vedere sospesa la propria domanda fino alla comparizione del garante *C*; ma *A* vede dalla citazione che *C* è stato citato a comparire non già per la scadenza del minimo termine al quale avrebbe diritto, ma per la scadenza di un termine assai maggiore, dal che evidentemente appare la intenzione in *B* di mandare in lungo il giudizio. In questo caso *A* avrà il diritto di sollevare incidente anche prima che il garante sia comparso, e di ottenere dal giudice la separazione delle due cause, o, quanto meno, la riduzione del termine dato dal garante per comparire (14).

Ma possono verificarsi altre ipotesi. Per esempio *A*, al quale *B*, entro il termine, ha comunicato la sua intenzione di citare in garantia *C*, si accorge poi, esaminando la copia di citazione depositata in cancelleria, che tale citazione è stata fatta fuori del termine; in tal caso potrà sollevare incidente, affinchè, secondo l'art. 197, la questione principale riprenda il suo corso. Così per tutte le altre questioni che, senza entrare nel merito del diritto che il garantito abbia di chiamare il garante, riguardino decadenza dei termini, inosservanza di forme, nullità di atti, ecc.

Ma potrà il terzo molestante, quantunque la chiamata in garantia sia stata proposta e notificata nei termini, sollevare incidente, sostenendo che il diritto che il garantito vanta contro il preteso garante non sussiste ed è una pura simulazione fatta a scopo defatigatorio? Veramente tale questione, invadente il merito della controversia tra garantito e garante, parrebbe estranea al terzo molestante, il quale non può legittimamente interessarsi di rapporti intercedenti fra il suo contraddittore e un terzo (15); pur tuttavia, potendosi verificare dei casi nei quali il vantato diritto di garantia si può facilmente dimostrare simulato, gli autori riconoscono alla controparte il diritto di sollevare incidente anche su questo punto, all'unico scopo di smascherare un'evidente frode a suo danno. Il Bottard porta due esempi: *B* citato da *A* per rivendicazione di un immobile, notifica di voler chiamare in garantia *C*, che gli donò questo immobile: *A* può sollevare incidente, sostenendo che *C* donatore non deve, secondo la legge civile, garantia a *B* donatario. Anche: *B* citato da *A* per il pagamento di un debito chiede un termine per chiamare in garantia *C*, che gli

---

(14) Ricci, op. cit., I, 443.

(15) In questo senso, come già si è avuto occasione di dire (dietro, n. 137, nota 5), è stabilito per la denunzia di lite da alcune Leggi processuali svizzere, le quali negano la facoltà di indagare la fondatezza della ragione di garantia non solo al giudice, ma anche alla parte principale, avversaria di colui che intende denunziare la lite a un terzo. V. Leggi Zurigo, § 248; Sciaffusa, § 123, capov. 2°.

deve una somma uguale: *A* può sollevare incidente sostenendo che *C* non deve affatto, per un debito del tutto indipendente, prestar garantia a *B*; e può chieder quindi che la questione principale non resti sospesa (16).

Si deve adunque concludere che, non solo per motivi derivanti dalla inosservanza delle forme processuali della chiamata in garantia, ma anche per motivi desunti dall'intima fondatezza della domanda, il terzo molestante possa sollevar incidente per opporsi alla sospensione della causa di molestia.

Sotto l'impero della Ordinanza francese del 1667 si erano ridotti a tre i casi nei quali il terzo molestante poteva fare tale opposizione.

1) quando la chiamata in garantia non era stata proposta nel termine stabilito;

2) quando il garantito, prima di chiamare il garante, aveva preso conclusioni in merito;

3) quando la garantia non era dovuta (17).

Nel diritto moderno, non si può fare una enumerazione tassativa dei casi: noi crediamo, per esempio, che il terzo molestante può opporsi alla sospensione della causa di molestia, tutte le volte che la chiamata in garantia si basa su un diritto di garantia *impropria* (dietro, n. 7 e segg.).

176. — Gli esempî che abbiamo portato riguardano tutti il procedimento formale: ma anche nel procedimento sommario, e in quello dinanzi ai pretori e ai conciliatori, il terzo molestante può sempre opporsi alla concessione del rinvio, quante volte ravvisi nella proposizione di chiamata in garantia irregolarità formale o intrinseca infondatezza. Così, ad esempio, qualora la chiamata in garantia sia proposta dinanzi al collegio, anzichè dinanzi al solo presidente, il terzo molestante ha diritto di opporsi al rinvio della causa di molestia, perchè la domanda è stata proposta irregolarmente (art. 32 R.D. 31 agosto 1901: dietro, n. 143); ma, anche se la chiamata in garantia è regolarmente proposta dinanzi al solo presidente, il terzo molestante avrà diritto di opporsi al rinvio per le ragioni già dette, riguardanti il merito della domanda. Quando si è detto (dietro, n. 149) che il magistrato non ha facoltà di negare d'ufficio il rinvio purchè richiesto nel termine, non abbiamo inteso di dire che il magistrato

---

(16) Boitard, op. cit., I, 479; Garsonnet, op. cit., § 946; Biagi, op. cit., pag. 10, capov. primo; Cuzzeri, loc. cit.; Mattirolo, op. cit., III, n. 793.

(17) Carré, op. cit., CXXXVIII e nota 1; Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 435.

non possa negarlo, quando sulla concessione di esso è sorta una questione incidentale. L'art. 32 R.D. 31 agosto 1901 disponendo che « quando si voglia chiamare in causa il garante, il presidente assegna il termine all'uopo, *con riserva delle questioni a cui può dar luogo la chiamata in garantia* », non può evidentemente aver incluso fra tali questioni quella eventualmente nascente tra terzo molestante e garantito intorno all'opportunità di assegnare il termine: se infatti il rinvio dovesse essere in ogni caso concesso e la decisione di tale questione dovesse esser riservata a dopo la comparizione del garante, il terzo molestante non avrebbe più mezzo per opporsi efficacemente alla sospensione della sua causa e non avrebbe più interesse a discutere sulla opportunità di tale sospensione quando essa si è già verificata (18). Lo stesso si deve dire per le cause dinanzi ai pretori e ai conciliatori, nelle quali, quando vien chiesto un rinvio per chiamare in causa un garante, il terzo molestante dev'essere ammesso a far valere subito le sue ragioni contro la concessione del rinvio stesso.

177. — Finora si è parlato di questioni incidentali sorgenti tra garantito e terzo molestante prima della comparizione del garante, aventi lo scopo di decidere se la questione di molestia deve restare sospesa fino al giorno di questa comparizione. Ma una volta che il garante sia comparso, potranno sorgere altre questioni tra garantito e terzo molestante a proposito della opportunità di trattare congiuntamente o separatamente le due questioni.

L'avversario del garantito nella causa principale ha sempre diritto, dopo che il termine assegnato al garante per comparire sia spirato ed il garante sia comparso, di chiedere che le due cause vengano trattate separatamente, in forza dell'art. 199 capoverso Cod. proc. civ. (19), che stabilisce: « *la domanda in garantia, se non sia in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, non può ritardare la decisione di questa* ».

Tale disposizione emanata per il procedimento formale, vale anche per il procedimento sommario, nel quale, sebbene la chiamata in garantia sia stata regolarmente proposta dinanzi al presidente, ed abbia fatto sospendere la causa di molestia fino all'udienza nella quale il garante è comparso, dovrà la causa principale separarsi da quella

---

(18) PATERI, op. cit., I, n. 774.

(19) Cod. Sardo, artt. 258-259; Cod. Estense, artt. 490-491; Cod. Parmense, art. 229; Cod. Napoletano, art. 278; Reg. Toscano, art. 255; Cod. Francese, art. 184; Ordinanza, art. 13 del tit. VIII.

di garantia, se in tale udienza apparirà che la questione di garantia, prima di essere risolta, ha bisogno di una lunga istruttoria. Lo stesso si può ripetere per le cause davanti i pretori e i conciliatori (20).

Giustamente osserva il Ricci (21) che tale articolo non contrasta, come a prima vista sembrerebbe, coll'art. 197; « la sospensione dell'art. 197, egli dice, è limitata al tempo assegnato al garante per comparire, e, passato questo, la causa riprende il suo corso ordinario. Al contrario il ritardo dell'art. 199 riguarda la decisione della controversia, ossia la sentenza che il magistrato dovrà proferire ».

Le norme processuali stabilite per la chiamata in garantia, mirano, come già si è avvertito, a salvaguardare il terzo molestante dai soverchi indugi ai quali potrebbe essere esposta la trattazione della questione di molestia: cosicchè, quando la chiamata in garantia non sia proposta nei termini e nelle forme, la sospensione non avviene; e questa cessa senz'altro, se nel giorno in cui il garante dovrebbe comparire, per una ragione o per un'altra non compare. Ma può accadere, come dice il Boncenne (22), che tutte le condizioni, tutte le forme, tutti i termini siano stati scrupolosamente osservati e che l'azione di garantia sia stata lealmente formata: tuttavia le due istanze non sono ugualmente in istato di essere giudicate. L'istruzione della questione di molestia è stata semplice e pronta, ma la garantia è stata contestata; essa si è complicata d'incidenti, di verificazioni, di inchieste, *multis ambagibus innodata.* Il terzo molestante non può essere incatenato da questi ritardi. Queste ragioni sono le stesse che, a giustificare l'art. 199, si trovano nella *Relazione Pisanelli,* ov'è detto: « Quantunque la domanda in garantia venga proposta e notificata nel ridetto termine, se la medesima non trovasi in istato di esser giudicata contemporaneamente alla domanda principale, non potrà tuttavia ritardare la decisione di questa. L'equità si oppone a che il convenuto, con una domanda in garantia fortemente contrastata e proposta forse di collusione col terzo, possa ritardare l'esame e la ricognizione del diritto dell'attore ».

Quando la chiamata in garantia non è « in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale? ». Quando, mentre nella causa di molestia, non avendo essa bisogno di ulteriore istruttoria, è rimasta ferma l'iscrizione a ruolo o è cominciata la relazione all'udienza, la causa di garantia ha bisogno di ulteriore

---

(20) Caberlotto, op. cit., n. 61; Cod. Sardo, art. 125.
(21) Op. cit., I, n. 444.
(22) Op. cit., III, pag. 385.

istruttoria, prima di essere matura a decisione (23). Non si può stabilire *a priori* quali sono i casi in cui tal fatto si verifica: il vedere se le due istanze siano o non siano in istato di essere giudicate contemporaneamente, è una indagine di fatto rilasciata all'apprezzamento del giudice, e non suscettibile di ricorso in cassazione (24). Ma, colla Corte d'Appello di Bologna (25), si potrà dire che la disposizione dell'art. 199 Cod. proc. civ. si applica ogniqualvolta, o per la natura particolare della domanda di garantia, o per le contestazioni sorte e che possono sorgere, o per le prove da esperimentarsi riguardo ad essa, o per quanto sia già avvenuto nel corso della medesima, si riconosca o ragionevolmente si prevegga che la istruttoria e la decisione siano per richiedere più lungo tempo di quelle della domanda di molestia, la quale non è contestata o è sottoposta a tale contestazione da essere agevolmente e brevemente risoluta (26).

Può darsi il caso che la necessità di separare le due questioni perchè solo quella di molestia è matura a decisione, sorga soltanto durante lo svolgimento del processo: in tal caso il terzo molestante può sempre chiedere la separazione, anche se tal domanda, fatta preliminarmente, era stata respinta per la mancanza di giuste ragioni, che poi, nel corso della causa, si sono manifestate (27): cosicchè molte volte può accadere che le due questioni, anzichè essere separate fino da principio, si svolgano per un certo periodo congiuntamente, e soltanto siano separate quando ne apparisca la necessità (28).

---

(23) GARGIULO, op. cit., art. 199, VI. Art. 335 Cod. proc. civ.: « *La causa è in istato di essere giudicata, quando sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, e, nei procedimenti sommarî, quando la relazione all'udienza sia cominciata* ».

(24) Giurisprudenza concorde: Cass. Firenze, 25 giugno 1894, *Annali*, 1894, 290; Cass. Palermo, 10 giugno 1897, *Foro sic.*, 1897, 471; Id., 16 agosto 1899, *Foro sic.*, 1899, 545; Cass. Torino, 31 dicembre 1907, *Giur. tor.*, 1908, 480.

(25) 22 gennaio 1879, *Riv. giur. bol.*, 1879, 41.

(26) Intorno a questo punto trovo deciso dalla giurisprudenza che il caso contemplato dall'art. 199 non si verifica quando così la causa principale come quella di garantia abbisognano ancora di nuovi mezzi istruttorî (App. Venezia, 30 novembre 1909, *Temi*, 1910, 35, già citata); che la sentenza che ammette talune prove nella causa principale per avviarla a decisione non può pronunciarne la separazione di essa dalla causa di garantia o di intervento (Cass. Torino, 8 giugno 1907, *Mon. trib.*, 1908, 31).

(27) « Il giudicato, in virtù del quale alla domanda principale fu unita la chiamata in garantia, non osta alla separazione di questa, se non si trovi in istato di essere giudicata, e la principale domanda sia matura per la decisione ». Cass. Torino, 9 dicembre 1887, *Annali*, 1887, I, 1, 41. V. BOITARD, op. cit., I, n. 496. V. anche Corte di Orléans, 7 luglio 1808, citata dal CARRÉ, op. cit., art. 184, nota.

(28) « Quando la questione di garantia non si trova in istato di esser giudicata contemporaneamente a quella principale, con la stessa sentenza, con la quale

Ciò appare chiaramente dalla dizione dell'art. 184 Cod. proc. civ. francese, in cui sono contemplati di proposito tanto il caso nel quale, non essendo le due domande in istato di essere giudicate congiuntamente, il terzo molestante può fin da principio opporsi alla loro riunione, quanto il caso nel quale, dopo che le due questioni sono state riunite, il terzo molestante può a un certo punto chiederne la disgiunzione (29).

178. — Sull'interpretazione dell'art. 199 Cod. proc. civ. sorgono diverse questioni.

a) Può il giudice, vedendo che le due cause non sono in istato di ugual maturità per la decisione, ordinarne d'ufficio la separazione? La dottrina francese non è concorde; alcuni (30) opinano per il no, ritenendo che la decisione contemporanea o separata delle due questioni interessa soltanto il terzo molestante, come si rileva dalla espressione dell'art. 184 Cod. proc. civ. francese: « le demandeur originaire *pourra* faire juger sa demande séparement »; altri opinano per il sì (31), ritenendo che non si può impedire ai giudici di prender tutte quelle decisioni che portano alla più sollecita amministrazione della giustizia e che la disgiunzione delle cause è, come l'unione di esse, un provvedimento rilasciato al criterio discrezionale del magistrato (32). Io credo adottabile anche nel nostro diritto la prima di queste due opinioni, per la considerazione che nello spirito dell'arti-

---

si fa diritto alla domanda principale, si dispongono i mezzi di prova proposti per quella in garantia e da questo punto le due cause restano necessariamente disgiunte ». App. Genova, 31 dicembre 1909, *Temi gen.*, 1910, 72.

(29) Per il principio che informa il nostro art. 199, v. Cass. Napoli, 12 maggio 1877, *Foro it.*, 1877, I, 976; Cass. Torino, 30 marzo 1880, *Gazz. leg.*, 1880, 181; Id., 26 luglio 1882, *Giur. tor.*, 1882, 355; App. Venezia, 14 gennaio 1884, *Legge*, 1884, 1, 272; Cass. Torino, 14 giugno 1893, *Giur. tor.*, 1893, 549.

(30) CARRÉ, op. cit., quest. 779; BONCENNE, op. cit., III, pag. 385, nota 2; DALLOZ, *Rép.* v. « *Exceptions* », n. 455.

(31) CHAUVEAU, in nota alla citata quest. 779 del CARRÉ; GARSONNET, op. cit., § 948, nota 13; GLASSON, *Précis*, I, pag. 509. In questo senso anche il MANCINI nel *Comm. Cod. proc. Sardo*, II, DCCXXXII, pag. 507.

(32) Ritenendo che il giudice possa d'ufficio separare le due cause, si deve ritenere che il giudice possa, nonostante che la causa di molestia sia già in istato di esser giudicata, ritardarne la decisione per deciderla insieme colla causa di garantia, quando ciò sia utile. Si trova infatti deciso che « qualora la chiamata in garantia possa influire sulla decisione della domanda principale per le eccezioni che il garante sia in grado di opporre alla domanda stessa, è necessario mantenere l'unicità del giudizio e sospendere la decisione sulla domanda principale fino ad esaurimento dell'istruttoria sull'altra incidentale di garantia » (sentenza già citata App. Bologna, 22 gennaio 1879). V. anche *Journal du Palais*, 1907, II, 108, nota.

colo 199, quale si rileva anche dal riportato passo della *Relazione Pisanelli,* è implicita l'intenzione di dare al terzo molestante, ed a lui solo, un'arma per tutelare, se egli voglia, i propri interessi (33).

b) Alcuni autori francesi (34) pensano che la disgiunzione delle due questioni sia impossibile quando si tratta di garantia formale, poichè le due cause sono in tal caso mescolate e quasi unificate, ed il garante, sostituitosi al garantito che si è posto sotto la sua tutela è divenuto l'unico e immutabile convenuto di tutto il processo. Ma tali ragioni, come il BONCENNE giustamente rileva, valgono solo quando il garante abbia assunto la lite: prima che il garante abbia assunto la lite ed il garantito sia stato messo fuori di causa, la domanda in garantia, come non matura a decisione, può sempre essere separata da quella di molestia.

c) Allorchè, prima che le due cause siano in istato di essere giudicate, il garantito, per il disposto degli artt. 332 e segg. Cod. proc. civ., è obbligato a rinnovare la citazione per la domanda di garantia, a causa della morte o del cambiamento di stato del garante o del suo procuratore, — può il terzo molestante chiedere la separazione delle due questioni? La risposta affermativa non mi par dubbia, poichè in questo caso la domanda di garantia, sia pure per cause indipendenti dalla volontà del garantito, si trova a subire una sospensione che la controparte ha diritto di non tollerare (35).

È notevole a questo proposito che il Regolamento Toscano prevedeva espressamente il caso e lo risolveva nel senso contrario a quello da noi seguìto, stabilendo, all'art. 252 che, « *se alcuna di queste riunite cause incontrerà la sospensione della istanza per qualunque dei casi preveduti dalla legge (art. 114 e segg.), in ciascuno dei detti casi la sospensione legale dell'istanza dovrà rendersi comune a tutte le cause riunite* ».

179. — L'effetto della separazione prevista dall'art. 199, è quello di sdoppiare in due processi indipendenti quel processo apparentemente unico (avanti, n. 191), nel quale si sono da principio congiunte la questione di molestia e la questione di garantia. Ma, come più volte si è detto (dietro, n. 67), la chiamata in garantia comprende in sè, oltre la domanda di garantia, anche una domanda per intervento del garante nella causa di molestia; ora la separazione delle

---

(33) CUZZERI, op. cit., art. 199, n. 3.

(34) Per es. il DEMIAU, citato dal BONCENNE, op. cit., III, pag. 386 e segg.; v. GARGIULO, op. cit., 199, IV.

(35) CARRÉ, op. cit., quest. 780 e nota 1; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », nn. 456-457.

due cause non ha nessun effetto su questa domanda, onde il garante, quantunque le due cause siano state disgiunte, seguita a figurare nella causa di molestia quale interveniente coatto presente o contumace: e soltanto il garante potrà considerarsi del tutto estraneo alla causa di molestia, quando quello stesso provvedimento del giudice che ha separato le due cause, abbia anche dichiarato inesistente quella comunanza di lite, sulla quale si basa la domanda per intervento, e quindi esonerato il garante dal restar nella causa di molestia, o quando il garantito abbia espressamente rinunciato alla sua chiamata in causa.

Una volta che le due cause siano state separate, si avranno due giudizî autonomi e ugualmente principali, contemporaneamente pendenti dinanzi allo stesso foro; la separazione delle due cause non annulla la regola di competenza posta dall'art. 100 Cod. proc. civ., onde la questione di garantia resta sottoposta alla competenza per connessione (dietro, n. 105).

180. — Un'altra questione di diversa natura che può sorgere tra garantito e terzo molestante indipendentemente dalla questione di merito è quella che, in garantia formale, riguarda la messa fuori di causa del garantito, allorchè il garante abbia assunto la lite. Come vedremo, commentando l'art. 198 Cod. proc. civ. (avanti, n. 225), se il garantito ha diritto di domandare di essere messo fuori di causa, il terzo molestante può opporsi a tale domanda, affinchè il garantito non si sottragga all'adempimento di personali obbligazioni. Tale opposizione dà appunto luogo ad una questione preliminare.

181. — *b*) Tra garantito e terzo molestante possono sorgere questioni sulla domanda in garantia tanto prima della comparizione del garante quanto dopo; invece le questioni preliminari tra garantito e garante possono sorgere soltanto, com'è facile comprendere, dopo la comparizione del garante. Le questioni preliminari tra garantito e terzo molestante mirano tutte a decidere se la causa di molestia debba o non debba esser ritardata dalla causa per garantia; le questioni preliminari tra garantito e garante mirano invece a decidere se il garante sia o non sia tenuto alla osservanza del giudizio.

Il garante, appena comparso, potrà sollevare incidente in via preliminare *su tutte quelle questioni sulle quali egli potrebbe sollevare incidente qualora la causa vertente tra lui e il garantito fosse una causa autonoma.* Quindi è che il garante potrà sollevare preliminarmente l'eccezione di incompetenza (art. 189 Cod. proc. civ.)

e l'eccezione di nullità di atti (art. 192 Cod. proc. civ.). Potrà, per esempio, sostenere che il giudice adito è incompetente per materia o valore a giudicare le relazioni che passano tra lui garante e il garantito; o che la domanda in garantia è stata fatta al solo scopo di distrarlo dai suoi giudici naturali, nel qual caso è opponibile anche la incompetenza relativa (36); o che la citazione colla quale il garantito lo ha chiamato in causa è nulla (37); e sollevare in generale tutte quelle *eccezioni processuali,* che, senza entrare nel merito della questione di garantia, riguardano l'esistenza dei presupposti processuali, e mirano non a fare assolvere il garante dalla domanda di garantia, ma soltanto dall'osservanza del giudizio (38).

182. — Tra le questioni relative alla garantia che il garante può proporre e far risolvere in via preliminare, c'è quella che riguarda l'esistenza e l'estensione del suo obbligo di garantia? Da ciò che ho detto (dietro, n. 181) deriva senz'altro una risposta negativa: il garante, ho detto, potrà sollevare opposizione preliminare *per tutte quelle questioni sulle quali egli potrebbe sollevare incidente qualora la causa vertente tra lui e il garantito fosse una causa autonoma.* Tra queste non rientra certamente la controversia sull'obbligo di garantire, che, ove la questione tra garante e garantito si svolgesse in via autonoma e principale, sarebbe la sola questione di merito.

La contraria opinione, accolta da autorevoli proceduristi e da qualche giudicato (39), è forse stata originata da una falsa argo-

---

(36) Reg. Toscano, art. 237.

(37) Dice l'art. 145 Cod. proc. civ., capov. 5°, che « *quando la nullità riguardi soltanto la notificazione dell'atto, la citazione è nondimeno efficace ad impedire ogni decadenza di diritto, o di termini, purchè sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi nella sentenza che ne pronunzia la nullità* ». Ora, mentre è sicuro che, se il vizio, per il quale la nullità della citazione del garante viene pronunciata, non attiene alla notificazione, la chiamata in garantia si ha per non avvenuta e la questione principale riprende il suo corso, si può domandare se, qualora tal nullità derivi dalla notificazione, debba la causa principale esser sospesa fino a che il garantito non abbia rinnovata la citazione del garante. La Cass. Torino, 10 giugno 1884, *Giur. tor.*, 1884, 606, opina di no: ma in nota è confutata tale opinione, col rilevare che se la citazione nulla solo per la notificazione è efficace ad impedire ogni decadenza di diritto o di termini, dev'essere efficace anche ad impedire la decadenza minacciata dall'art. 197 Cod. proc. civ. Con questa sensatissima opinione concorda il Piola (*Chiamata in garantia,* n. 5).

(38) Chiovenda, *Principii,* 3ª ediz., pag. 97 e segg.; Mattirolo, op. cit., III, n. 793; Piola, loc. cit.

(39) Mattirolo, op. cit., III, n. 792; Mortara, *Comm.*, III, n. 451; Scotti, *Sul modo di proporre la domanda in garantia, Mon. trib.*, 1864, pag. 263; Ricci, op. cit., I, n. 445; Saredo, *Ist.* (3ª ediz.), n. 534; App. Milano, 31 dicembre 1870, *Mon. trib.*, 1871, pag. 679, e nota.

mentazione in base alla quale si è creduto che la domanda di garantia *incidentale* debba necessariamente esser risolta col rito degli *incidenti.* Invece la domanda in garantia in tanto è *incidentale,* in quanto *incidit* in un processo già iniziato e vi si incastra; ma, avverte il Biagi (40), « bisogna bene guardarsi dal confondere, come assai spesso interviene, la domanda incidentale col procedimento incidentale stabilito a preliminare risoluzione. Qualsivoglia domanda subalterna, che, non compresa nella originaria, sopraggiunga *ex novo* e venga a cadere accessoriamente in altra istanza già introdotta e per sè stante, è per sua essenza incidentale, sia che tenda a distruggere od attenuare l'azione o a differirne l'esercizio, sia che miri ad allargare e ingrandire la portata dell'istituito giudizio ».

Nonostante, quindi, che la chiamata in garantia sia una domanda incidente, non per questo essa deve esser decisa preliminarmente in via incidentale: la natura dell'istituto porta che, anche se il garante nega la sua obbligazione, le due questioni si svolgano congiuntamente, parallelamente, giungendo nello stesso tempo a esser decise con una sola sentenza. Quella sospensione che la chiamata in garantia produce nella causa di molestia, ha lo scopo di permettere che a questa causa venga unita una causa connessa, per poi dar luogo al contemporaneo svolgimento di entrambe: e dal fatto che l'art. 199, stabilendo che in certi casi la questione di garantia venga separata da quella principale, ammette che la questione principale venga decisa prima, si rileva tutta l'assurdità di un incidente che verrebbe ad esser deciso dopo la questione principale (41).

Bisogna peraltro stabilire con precisione qual è il significato della opposta dottrina, che ritiene doversi la questione di garantia giudicare col procedimento incidentale. La domanda di garantia, come si sa, comprende in sè (oltre la chiamata in causa) due domande: quella di difesa e quella di regresso; ora, mentre sarebbe addirittura assurdo far giudicare preliminarmente l'azione di regresso, la cui decisione non può precedere la decisione della questione di molestia, ch'è un suo necessario presupposto (dietro, n. 99), assurdo non sarebbe far giudicare preliminarmente la domanda di difesa, allo scopo di decidere se il garante debba essere conservato in giudizio come obbligato

---

(40) Scritto cit., pag. 10.

(41) La confutazione della opposta teoria è fatta efficacemente dal Biagi, pag. 10-11 del suo studio citato; con lui son d'accordo il Cuzzeri, op. cit., art. 199, n. 1, e il Caberlotto, op. cit., nn. 42-43. V. App. Milano, 25 gennaio 1871, *Mon. trib.,* 1871, 276; Id., 31 gennaio 1871, *Mon. trib.,* 1871, 278; App. Venezia, 20 giugno 1876, *Eco trib.,* 1876, 425.

a prestar la difesa, o debba subito esserne messo fuori quando non resulti l'esistenza di tale obbligo.

Abbiamo visto come, in certi procedimenti (Regolamento Giuseppino, dietro, n. 66) l'azione di difesa venisse decisa separatamente dall'azione di regresso, e avesse l'effetto di far sospendere durante la sua decisione l'andamento della causa di molestia: qualcosa di simile i sostenitori della dottrina, che noi non accettiamo, vorrebbero introdurre nel nostro procedimento; colla differenza che, mentre per il Regolamento Giuseppino il giudizio sulla domanda di difesa doveva avvenire dinanzi al foro territoriale del garante, per il nostro diritto tale giudizio dovrebbe avvenire dinanzi al foro investito della questione di molestia, sotto forma di incidente nella questione stessa, salvo poi, qualora l'obbligo di difesa venisse riconosciuto, far giudicare la domanda di regresso nella stessa sentenza che decidesse la questione di molestia.

Tuttavia, anche messa così nei suoi veri termini, tale dottrina non ci sembra accettabile. Ci parrebbe di snaturare l'indole della chiamata in garantia, la quale mira a riunire in un solo processo due questioni connesse e a condurle di pari passo a decisione, quando si ammettesse che la decisione della domanda di difesa, che della domanda di garantia forma il più importante elemento, potesse costituire un incidente della questione di molestia anzichè una questione parallela, ad essa riunita.

Tutte le disposizioni della nostra legge, le quali ammettono la possibilità di una questione di garantia trattata separatamente dalla questione di molestia, dimostrano che nella questione di garantia non sussiste affatto il carattere di incidente della questione di molestia. Ciò è confermato dal fatto che nel Cod. proc. civ. francese il procedimento incidentale è riservato alle sole questioni preliminari sorte tra garantito e terzo molestante: « *Si le demandeur originaire soutient qu'il n'y a lieu au délai pour appeller garant, l'incident sera jugé sommairemet* » (42), e principalmente, dal fatto che, nel Regolamento toscano, una espressa disposizione risolveva la questione nel senso da noi sostenuto: « Qualora il convenuto o convenuti a rilevare pretendessero, che non fosse luogo alla rilevazione, l'opposizione... *non dovrà formare soggetto di un incidente,* che ritardi la prosecuzione della causa, ma dovrà esser decisa unitamente al merito della causa principale (art. 250) » (43). Si rifletta inoltre che, ove la

---

(42) Art. 180; Ordinanza, tit. VIII, art. 6; Cod. proc. Sardo, art. 258; Cod. Parmense, art. 225; Cod. Napoletano, art. 274.

(43) Il contrario è disposto dall'art. 57 Cod. proc. civ. del Vallese, per il

esistenza dell'obbligo di garantia dovesse esser decisa mediante incidente nella questione di molestia, la decisione di questa verrebbe necessariamente ad esserne ritardata, come non avviene quando le due questioni possono esser trattate contemporaneamente: e già si è visto (dietro, n. 50) quali dannosi ritardi derivassero alla decisione della lite di molestia dal sistema seguìto nel Regolamento Giuseppino, per il quale essa doveva esser sospesa finchè non si era giudicato sull'esistenza dell'obbligo di difesa nel preteso garante.

183. — Il chiamato in garantia, adunque, non può sollevare in via preliminare un incidente per sostenere che egli non è tenuto a prestar garantia: tale questione forma il merito della causa di garantia e deve esser decisa parallelamente colla questione di molestia in una sola sentenza (44). Ma si deve avvertire a questo punto che, secondo le regole già poste (dietro, n. 67), nella chiamata in garantia insieme a una domanda di garantia si contiene una domanda per intervento del garante nella causa di molestia: ora, se il garante non può sollevare incidente per essere assolto dalla domanda di garantia, può sollevare incidente, secondo quel che dispone l'articolo 204 Cod. proc. civ., per essere assolto dalla chiamata in causa, dimostrando di non avere nella causa di molestia quella comunione di lite che è fondamento dell'intervento coatto. Sollevando tale questione preliminare il garante non otterrà una decisione sul suo obbligo di difesa, questione che resta impregiudicata tra lui ed il garantito, ma una decisione sul suo obbligo di intervento nella causa di molestia: in tale incidente, per dimostrare che la causa di molestia gli è del tutto estranea, potrà darsi che il giudice debba delibare la questione di garantia, poichè quasi sempre, per dimostrare la propria estraneità al giudizio di molestia, il garante addurrà di non esser tenuto a prestar garantia; ma tale delibazione non potrà portare alcun pregiudizio alla questione diretta di garantia tra garantito e garante, sulla quale la sentenza che risolverà l'incidente non avrà valore di cosa giudicata (45).

---

quale le contestazioni sull'obbligo di garantia sono discusse separatamente dalla causa principale. V. anche art. 497 Cod. proc. civ. Estense.

(44) App. Venezia, 9 giugno 1903, *Temi ven.*, 1903, 542: « L'azione in garantia va trattata e decisa contemporaneamente coll'azione principale, o dopo. Erra pertanto la sentenza che pronuncia sull'azione in garantia prima di pronunciare sull'azione principale ».

(45) « La sentenza con cui si dichiara taluno tenuto ad intervenire in causa per assumere il rilevo di un altro e a rispondere, ove ne sia il caso, dell'evizione, è una semplice interlocutoria, la quale non forma cosa giudicata intorno alla

Cosicchè quando il garante comparso sollevi incidente per sostenere di non esser tenuto a intervenire nella causa di molestia, e il giudice gli dia ragione in tale questione preliminare, non per questo il garante sarà liberato dall'obbligo di restare in giudizio per rispondere di fronte al garantito del merito della domanda di garantia.

184. — Abbiamo visto (dietro, n. 177) che quando la causa di molestia è già matura a decisione, mentre la questione di garantia ha bisogno ancora di ulteriore istruttoria, il terzo molestante può chiedere che le due cause vengano separate. Non si deve credere che, nel caso contrario, quando cioè la causa di garantia è in istato di esser giudicata, mentre la causa di molestia deve ancora svolgersi in istruttoria prima di essere spedita a sentenza, possa il garante chiedere la separazione delle due cause per far subito giudicare la questione di garantia: già si è visto che le norme degli artt. 197 e 199 Cod. proc. civ., sono poste nell'esclusivo interesse del terzo molestante (dietro, n. 164), mentre d'altra parte, è naturale che la decisione della questione di garantia si protragga fino alla decisione della causa di molestia, alla quale è subordinata (46).

Non occorre poi ripetere che il garante non ha diritto di sollevare incidente preliminare per farsi assolvere dall'osservanza del giudizio, adducendo che la chiamata in garantia non è stata fatta entro il termine posto dall'art. 193 Cod. proc. civ. Tale inosservanza potrà soltanto dargli il modo di far respingere in merito la domanda di garantia, quando il ritardo abbia pregiudicata la questione di molestia e resa a lui impossibile la difesa (dietro, n. 164).

185. — Stabilito che il garante non può sollevare incidente per far dichiarare che egli non è tenuto alla garantia nè per far separare le due questioni, si può presentare in pratica un caso che dà luogo a dei dubbi. Supponiamo che in un giudizio tra *A* e *B*, nel quale si disputa sulla proprietà di un immobile e già fin dal principio si prevede una lunga e laboriosa istruttoria, piena di difficoltosi incombenti, venga da *B* chiamato in garantia un terzo *C*, come venditore dell'immobile in questione. *C* compare e, con prove semplicissime,

---

responsabilità dell'intervenuto, allorchè l'evizione sia venuta a verificarsi ». Cass. Torino, 9 ottobre 1882, *Giur. tor.*, 1883, 72; Cass. Firenze, 9 marzo 1908, *Temi ven.*, 1908, 438. Contro: Boggio, op. cit., n. 234, nota.

(46) Al contrario, l'art. 261 del Codice sardo (1859) stabiliva che, se le due domande non erano in istato di essere giudicate nello stesso tempo, « l'attore principale o *il convenuto in garantia* potevano far giudicare la rispettiva loro domanda separatamente ».

colla semplice esibizione di un documento, è in grado di dimostrare che *B* non ha comprato da lui l'immobile controverso, ma lo ha invece ricevuto in donazione, cosicchè egli *C* non è affatto tenuto alla garantia. In simile ipotesi sembra ingiusto far restare *C* nelle more di una causa alla quale egli è del tutto estraneo, mentre egli con una semplice esibizione di un documento potrebbe liberarsene. In questo e in simili casi bisogna permettere al chiamato in garantia una via sbrigativa per sottrarsi alla malafede di chi lo chiama in causa: tale via potrà essere molte volte l'eccezione di incompetenza territoriale per dolosa distrazione di foro (dietro, n. 111) fatta valere preliminarmente; ma quando di essa non ricorrono gli estremi, la giurisprudenza ammette che il chiamato in garantia abbia diritto di far separare dalla causa di molestia la causa di garantia e di farla giudicare subito, allo scopo di non essere a lungo trattenuto in un procedimento al quale egli è del tutto estraneo (47).

186. — Si è detto (dietro, n. 172) che le questioni preliminari relative alla domanda di garantia possono sorgere tra terzo molestante e garantito e tra garantito e garante; vedremo che questioni preliminari possono sorgere anche tra terzo molestante e garante, quando questi interviene a fornir la difesa al garantito nella causa di molestia (per es., l'incidente sull'eccezione di incompetenza assoluta opposta dal garante contro il terzo molestante, dietro, n. 117); ma tali questioni, relative alla causa di molestia e non alla causa di garantia, non rientrano fra quelle che particolarmente contempla l'art. 199 Cod. proc. civ.

187. — Le questioni preliminari tra garantito e terzo molestante e tra garantito e garante possono sorgere anche nel caso di subgarantia: così questioni preliminari si possono avere tra garantito e garante a proposito della sospensione della causa tra loro vertente allo scopo di chiamare in causa un subgarante o, quando il subgarante sia comparso, a proposito della separazione delle cause; e tra garante e subgarante, a proposito della competenza del giudice adito, ecc.

Nel Regolamento Toscano che, forse con eccessiva minuziosità, ma certo con lodevole precisione disciplinava in ogni sua parte l'istituto della chiamata in garantia, si trova detto espressamente, nell'art. 254, che anche il garantito originario può chiedere che la questione

---

(47) App. Genova, 6 ottobre 1892, *Temi gen.*, 1892, 658; Cass. Firenze, 4 luglio 1898, *Legge*, 1898, 1, 441; Cass. Roma, 30 maggio 1904, *Temi ven.*, 1904; 875; App. Venezia, 30 novembre 1909, *Temi*, 1910, 35.

vertente tra garante e subgarante sia separata, quando non sia matura a decisione, dalla causa vertente tra lui garantito e il garante, riunita alla causa vertente tra lui garantito e la controparte principale nella lite originaria di molestia.

188. — L'art. 199 Cod. proc. civ., nella sua prima parte, derivante dall'art. 180 Cod. proc. civ. francese, stabilisce che « *le questioni relative alla chiamata in garantia sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti* ». Tutte le questioni preliminari di cui si è parlato, devono dunque esser risolute per mezzo del procedimento incidentale. Questo, prima della riforma del 1901, era ammesso soltanto nel procedimento formale, colle regole degli art. 181 Cod. proc. civ. e seguenti.

Qualora *A*, che aveva mosso contro *B* una causa a rito formale, avesse ricevuto dal convenuto, entro i 15 giorni stabiliti per rispondere, l'avviso della chiamata in garantia di un terzo *C*, e volesse opporsi alla sospensione della propria causa, poteva sollevare incidente mediante comparsa, citando *B* a comparire nel termine di tre giorni dinanzi al presidente; comparse le parti *A* e *B* dinanzi al presidente, se dinanzi a lui non veniva raggiunto l'accordo, la decisione della controversia era rinviata a udienza fissa dinanzi al collegio, che, ove ravvisasse nella opposizione di *A* un giusto fondamento, poteva ordinare che la questione di molestia tra *A* e *B* non soffrisse sospensione e subito riprendesse il suo corso, indipendentemente dalla questione di garantia. Collo stesso procedimento il garante, appena costituitosi, poteva sollevare incidente su questioni preliminari.

La legge 31 marzo 1901 che ha innestato nel procedimento sommario le forme del procedimento incidentale (48), ha un po' modificato queste regole: in forza di essa l'incidente deve essere proposto in udienza, finchè le parti sono dinanzi al presidente, il quale provvede nella concordia delle parti, o nella loro discordia, rinvia l'incidente per la decisione dinanzi al collegio.

Applichiamo anche qui la regola al caso pratico: *A* cita *B* a comparire per l'udienza stabilita; *B*, comparso, chiede al presidente un rinvio per chiamare in garantia *C;* se *A* non si oppone il presidente ordina il rinvio della causa a un'altra udienza; se *A* si oppone e non si mette d'accordo con *B*, il presidente rimanda la decisione dell'incidente alla seconda parte d'udienza che si svolge dinanzi al collegio.

Più semplice è la risoluzione degli incidenti nelle cause che si

---

(48) MORTARA, *Comm.*, III, 417.

svolgono dinanzi ai pretori e ai conciliatori, i quali, sulle questioni dedotte preliminarmente, decideranno con sentenze interlocutorie, o con ordinanze, se le parti riescono a mettersi d'accordo.

§ 3. — *Unione delle due cause.*

189. — Poniamo il caso che il terzo molestante non si sia opposto alla chiamata in garantia, e che, nel giorno fissato, il garante sia comparso senza sollevare incidenti. A questo punto, prima di prendere il loro corso congiuntamente, le due cause dovranno essere riunite mediante una ulteriore pronuncia del giudice, oppure si riterranno riunite *ipso iure*?

Il Cuzzeri (49) ritiene che, siccome la domanda in garantia è, di fronte al garante, una domanda principale che promuove una causa nuova, affinchè questa causa nuova possa unirsi colla causa originaria occorre che l'unione sia domandata nel tempo e nel modo regolato dall'art. 31 R. D. 31 agosto 1901 (già art. 229 del Regolamento generale giudiziario) (50). « D'altra parte il garante — egli dice — coll'intervenire nella causa principale, di cui gli vien data notizia, ha il mezzo di prestare il proprio patrocinio al garantito, e se non vi ricorre tanto peggio per lui; egli certo non potrà lamentarsi, anche se la disfatta del suo contraditore fosse la conseguenza di una difesa negletta ed incompleta ».

Tale opinione del Cuzzeri, seguìta anche dal Caberlotto (51), mi pare del tutto contraria all'indole della chiamata in garantia. Quando due cause semplicemente connesse (secondo il caso contemplato dall'articolo 104 Cod. proc. civ.) vertono dinanzi a due tribunali diversi, e, nella causa iniziata dopo, viene proposta la declinatoria del foro, in forza della quale il giudice posteriormente adito rimanda la causa dinanzi al giudice adito precedentemente, si comprende facilmente che, per ottenere la definitiva unione delle due cause, occorra un ulteriore provvedimento dell'autorità giudiziaria dinanzi alla quale le due cause devono svolgersi congiuntamente, poichè il provvedimento del giudice posteriormente adito, che ha rinviato la causa connessa al giudice adito preventivamente, non ha fatto altro che statuir sulla competenza, ma non già sulla riunione processuale delle due cause. Ma diverso è il caso della chiamata in garantia rego-

(49) Op. cit., art. 197, nota 4; e analogamente nello scritto: « *Influenza della chiamata in garantia sulla causa principale* », *Annuario*, 1884, 451.

(50) Cuzzeri, op. cit., art. 104, n. 12.

(51) Op. cit., n. 54.

larmente proposta: colla notificazione della chiamata in garantia, che, in una forma o in un'altra, deve esser data al terzo molestante (dietro, n. 155), questi è senz'altro avvertito che colla causa di molestia un'altra verrà ad unirsi ed a svolgersi congiuntamente; e, d'altra parte, se la chiamata in garantia contiene, di fronte al garante, una domanda iniziatrice di una causa nuova, contiene anche, per la speciale natura del diritto di garantia, una domanda di intervento in causa, colla quale il garante viene invitato a partecipare a una causa già pendente. Ora, se la chiamata in garantia è un invito fatto al garante di intervenire nella causa di molestia, per prestarvi la difesa o per far giudicare dallo stesso giudice la questione nascente sull'obbligo di prestar tale difesa, com'è concepibile che quando il garante compare, e quindi, colla sua sola comparizione, obbedisce alla domanda rivoltagli ed effettua a pieno l'unione delle due cause, occorra una pronuncia del giudice per permettere ciò che è già avvenuto?

Consideriamo quello che avviene nel rito sommario: nell'udienza che si svolge dinanzi al presidente, *B* chiede che la lite vertente tra lui ed A sia rinviata, per dar tempo a *C* di intervenire come garante; nel giorno stabilito *C* compare, e intende di comparire — come effettivamente accade — non già dinanzi a un qualunque Tribunale ov'abbia a svolgersi una lite autonoma tra lui e *B*, ma proprio in quell'agone giudiziario ove combattono tra loro *A* e *B*, proprio in quell'agone ove *B* lo ha chiamato a portargli difesa: sarebbe strano e superfluo che occorresse ancora qualche altra formalità per riunir le due cause!

Sappiamo anche noi, come già si è detto (dietro, n. 119), che la competenza di uno stesso giudice su due cause connesse non implica sempre la riunione di queste due cause in un solo processo. Mentre la competenza è stabilita dalla legge con criterii costanti, l'unione delle cause ha il carattere di un provvedimento ordinatorio, rimesso alla discrezione del giudice per il buon andamento della giustizia: talchè in molti casi, la sentenza che attribuisce due cause connesse alla cognizione dello stesso giudice non basta a farle unire in un procedimento unico, al che occorre un'ulteriore pronunzia del giudice investito di esse (52). Ma, nel caso nostro, l'unione della causa di molestia colla causa di garantia non deriva già dall'art. 100 Cod. proc. civ., che pone una regola di pura competenza, ma da quel complesso di norme e cautele processuali secondo le quali l'azione di garantia può essere esercitata in via incidentale, cioè in forma di chiamata in

(52) V. MORTARA, *Comm.*, II, n. 226; GALLUPPI, op. cit., n. 206; APPIANI, scritto citato.

garantia. Quando si proponga l'azione di garantia *in via principale* dinanzi al foro ove già pende l'azione di molestia (dietro, n. 164), non per questo le due cause potranno dirsi riunite se le parti non lo chiederanno e il giudice non lo consentirà; ma quando, proponendosi l'azione di garantia *in via incidentale,* i termini stabiliti dalla legge son rispettati, la notificazione al terzo molestante è eseguita, e la causa di molestia si sospende fino al giorno in cui il garante compare, in questo caso ci pare che l'unione delle due cause derivi implicita dalla natura stessa dell'istituto processuale.

Contrariamente all'opinione del Cuzzeri io ritengo adunque che la chiamata in garantia, pur dando luogo, di fronte al garante, a una causa nuova e distinta da quella vertente tra garantito e terzo molestante (avanti, n. 191), ha l'effetto di rendere questa causa processualmente unita con quella di molestia, senza bisogno di ulteriore pronuncia del giudice. Effetto pratico di tale principio (che, se poteva parere dubbio nel procedimento formale (53), è di chiara evidenza nel rito sommario) è questo: che, se nessuna delle parti solleva incidente per far dichiarare la disgiunzione delle due cause, queste procedono implicitamente abbinate: non quindi l'unione, ma la *disunione* dev'esser richiesta ed espressamente ordinata dal giudice (54); l'*unione* verrà ad essere dichiarata dal giudice solo quando respinga l'incidente sollevato contro tale unione dal terzo molestante.

Questo concetto si trova chiaramente espresso nel Regolamento Toscano, ov'è detto che la causa principale e tutte quelle di garantia e subgarantia « *si intenderanno riunite* », senza bisogno di nessuna

---

(53) Caberlotto, op. cit., n. 54.

(54) Il Castellari (op. cit., pag. 519) reputa che la unione delle due cause è un effetto che si opera *di diritto,* senza nessuna istanza di parte, e ne trova la riprova negli artt. 197 e 199 i quali, permettendo che la causa principale resti sospesa fino a che il garante non sia comparso e non siano risolte le questioni incidentali, sottintendono che le due cause si riuniscano per virtù propria quando la questione preliminare sulla proponibilità dell'una non formi ostacolo all'unione di essa coll'altra. In questo senso v. anche Nalin, *La perenzione della domanda di garantia* (*Annuario,* 1884, 453); Dalloz, *Rép.*, *v.* « *Exceptions* », n. 453. Gli autori di trattati generali non sono molto chiari su questo punto, talchè le loro espressioni son citate tanto dai fautori dell'una teoria quanto da quelli dell'altra: v. Mattirolo, op. cit., III, n. 792; Ricci, op. cit., I, n. 446; Saredo, *Ist.*, I, 281; Gargiulo, op. cit., art. 197 e 199. Il Mortara par favorevole alla mia tesi, quando (*Comm.*, III, pag. 254) dice: « ... le parti possono trovarsi d'accordo, e in questo caso non occorre nessun provvedimento incidentale per autorizzarle a dare al processo l'indirizzo e la sistemazione che riconoscono di comune utilità ». Il Carré, op. cit., CXLII (sull'art. 184) non segue una opinione assoluta, ammettendo che le due questioni possono essere riunite o per sentenza di giudice preventiva, o per tacito accordo.

pronuncia del giudice (55); ed è esplicitamente accolto dalla Cassazione di Roma, là dove essa dice (56) che nel caso di chiamata in garantia « non può essere luogo mai a parlare di unione, perchè la domanda principale del terzo contro il garantito e la domanda accessoria dell'attore in garantia, semprechè questa ultima sia stata avanzata nel tempo e con le norme tracciate dagli art. 193 e segg. della procedura civile, rimangono insieme avviate per legge, tantochè la seconda ha l'efficacia di sospendere il corso della prima per mettersi al passo di quella e progredire con lei di conserva, ed ambedue concorrono a costituire un solo giudizio triangolare come parti integranti del medesimo ».

190. — Per riassumere le regole esposte in questo capitolo, è opportuno fare qui uno schema del successivo svolgimento di questioni incidentali al quale può dar luogo la chiamata in garantia, in una causa che si tratti dinanzi al Tribunale con procedimento sommario.

1) *A* cita *B* in giudizio per azione di revindica di un immobile; *B* comparisce e, mentre l'udienza si svolge dinanzi al presidente, chiede un rinvio per chiamare in garantia *C* venditore dell'immobile; *A* si oppone, sostenendo che *C* non è tenuto alla garantia. Il presidente rimette la questione al collegio.

2) Il collegio, ritenendo che *A* non abbia sufficientemente provato l'infondatezza della domanda di *B*, concede un rinvio della causa, affinchè *B* metta in causa *C*.

3) Il giorno stabilito, *C* compare nella causa vertente tra *A* e *B*, e mentre l'udienza si svolge dinanzi al presidente, solleva eccezione preliminare di incompetenza assoluta. Il presidente rimette la questione al collegio.

4) Il collegio respinge l'eccezione preliminare di *C*. La causa di molestia tra *A* e *B* e quella di garantia tra *B* e *C* sono così unite *ipso iure* e possono svolgersi congiuntamente.

5) Dopo che le due cause si sono svolte contemporaneamente per un certo periodo, occupato dalla deduzione di prove nelle ri-

---

(55) Art. 251. V. anche *Motuproprio Piano*, art. 592. Il contrario sistema era seguìto dal Regolamento Gregoriano, che al § 863, per ottener la riunione delle due cause, stabiliva « *il convenuto che avrà fatta al terzo la denuncia della lite... potrà richiedere con istanza motivata, da notificarsi a tutte le parti per atto di procuratore che la domanda di garantia si riunisca alla causa principale...* ».

(56) Sentenza cit., 29 maggio 1890, *Legge*, 1890, II, 219; Cass. Torino, *Giur. tor.*, 1907, 945. Il Trib. di Palermo (*Foro sic.*, 1905, 616), decise che la domanda di garantia non deve essere iscritta separatamente sul ruolo di spedizione, per dar luogo poi a riunione di cause, perchè tale necessità non è sancita dalla legge, ed anzi è esclusa dall'art. 32 R. D. 31 agosto 1901.

spettive questioni, la causa di molestia è in istato di esser giudicata, mentre la causa di garantia ha bisogno di un'ulteriore istruttoria. *A* solleva incidente, chiedendo che le due cause siano separate, onde la questione di molestia sia subito risolta: *B* si oppone. Il collegio accogliendo la domanda di *A*, separa le due questioni che, da questo momento, procedono l'una indipendente dall'altra.

Capitolo IX

GIUDIZIO DI MERITO

Sommario

§ 1. — *Analisi della costituzione processuale di questo giudizio.*

191. Contiene due giudizî abbinati. - 192. Conseguenze: *a*) in tema di rinuncia agli atti del giudizio; *b*) in tema di perenzione. — 193. Configurazione *triangolare* del giudizio. — 194. Analisi della configurazione del giudizio. — 195. Processo di garantia tra garantito e garante. — 196. Processo di molestia tra garantito e terzo molestante, con intervento del garante. — 197. Natura dell'intervento *difensivo* del garante. — 198. Facoltà del garante nella causa di molestia. — 199. Può far valere eccezioni di merito. — 200. Può far valere eccezioni processuali. — 201. Estensione dei mezzi proprî del garante al garantito. — 202. Facoltà del terzo molestante contro il garante. — 203. Mezzi di prova esperimentabili dal garante. — 204. Valore di fronte al garantito della confessione del garante. — 205. Fondamento del diritto del garante a prestar la difesa. — 206. Inesistenza di tal fondamento nei casi di garantia impropria. — 207. Qualità di *parte* in ciascuno dei tre litiganti. — 208. Capacità del garante a prestar testimonianza nella causa di molestia.

§ 2. — *Regole speciali della garantia formale.*

209. Speciali caratteri della garantia formale. — 210. Art. 198 Cod. proc. civ. Partizione. *a*) Assunzione della causa da parte del garante. — 211. È un fenomeno di sostituzione processuale. — 212. È possibile l'assunzione di lite in garantia semplice? — 213. Il garante non è obbligato ad assumer la lite. — 214. L'assunzione della lite non implica riconoscimento dell'obbligo di garantia. — 215. Forma dell'assunzione della lite. *b*) Messa fuori di causa del garantito. — 216. Suo fondamento. — 217. È una conseguenza dell'assunzione di lite. — 218. Ma non una conseguenza necessaria. — 219. Diversa posizione del garantito, secondo che chiede o non chiede di uscir di causa. — 220. Forma della messa fuori di causa. — 221. Art. 198 Cod. proc. civ., capoverso. Partizione. — 222. Assistenza volontaria del garantito uscito di causa. — 223. Sue facoltà processuali. — 224. Confutazione di una teoria del Garsonnet. — 225. Opposizione del terzo molestante alla messa fuori di causa del garantito. — 226. Facoltà processuali del garante assuntore della lite.

§ 3. — *Riassunto delle figure processuali esaminate.*

227. Quadro delle possibili configurazioni del giudizio di merito.

§ 1. —*Analisi della costituzione processuale di questo giudizio.*

191. — Se la chiamata in garantia, quando è proposta regolarmente, dà luogo a un'automatica unione della causa di garantia colla causa di molestia, non per questo si potrebbe affermare che le due cause vengano a costituire una causa sostanzialmente unica. Male adunque si sosterrebbe (1) che la chiamata in garantia non dà vita ad una nuova causa, desumendolo dal fatto che le norme ad essa relative son poste nel nostro codice accanto alle regole degli incidenti e a quelle dell'intervento in causa, figure processuali che non danno luogo a una causa distinta dalla principale. Già abbiamo detto che la chiamata in garantia non costituisce una questione incidentale: e facilmente si capisce che essa dà luogo a una lite diversa in sostanza da quella principale, quando si pone mente a quelle disposizioni di legge (p. es. artt. 197 e 199 Cod. proc. civ.) che ammettono la possibilità di separare la causa di garantia dalla causa di molestia, anche dopo la avvenuta riunione.

Quell'unico processo che resulta dalla riunione della causa di molestia colla causa di garantia viene acutamente distinto dal Redenti (2) dalle figure processuali affini, nelle quali si verifica ugualmente una pluralità di parti in giudizio. Distingue il ricordato autore:

1) il *processo uno ed unico con pluralità di parti,* nel quale si forma un unico provvedimento giurisdizionale, determinato dalle istanze di più parti;

2) il *processo cumulativo,* nel quale da più o contro più soggetti si propongono dinanzi ad uno stesso organo giurisdizionale altrattante domande simultanee e congiunte nello svolgimento, tendenti ad ottenere altrettanti provvedimenti omogenei, di tal natura cioè da potere esser sommati in una pronuncia formalmente unica a favore o contro più soggetti;

3) l'*abbinamento di processi,* nel quale da più o contro più

---

(1) Vedi F. M., *La chiamata in garantia dà o non dà vita a una nuova causa?*, *Mon. trib.*, 1872, 521. Contro gli argomenti, tutti facilmente confutabili, addotti da F. M., vedi Caberlotto, op. cit., n. 54, il quale peraltro confonde questa questione (*unicità* o *duplicità* sostanziale delle cause) coll'altra già trattata da me alla fine del precedente capitolo (*unione* processuale implicita o espressa). V. anche Momigliano, op. cit., pag. 888, nota 1. Che la causa di garantia sia una nuova causa separata da quella di molestia, si trae dalla decisione seguente del Trib. di Lucera, 29 agosto 1900 (*Foro Puglie,* 1900, 883): « Il Sindaco ha bisogno di un'apposita autorizzazione del Consiglio comunale per avanzare una chiamata in garantia; non può ritenersi che valga l'autorizzazione da lui ottenuta per resistere ad un giudizio di opposizione, non essendo l'istanza in garantia un accessorio della opposizione ».

(2) Op. cit., cap. I, pag. 11.

soggetti si propongono innanzi ad uno stesso organo giurisdizionale domande di merito simultanee, tendenti ad ottenere provvedimenti non omogenei, ma dipendenti anch'essi da premesse in parti comuni oppure dipendenti rispettivamente tra di loro; e si chiede che i provvedimenti siano abbinati o giustapposti in pronuncie simultanee. Come esempio tipico di abbinamento di processi il REDENTI porta appunto la chiamata in garantia.

Quando al giudizio sull'azione di molestia viene riunito il giudizio sull'azione di garantia, se si ha riguardo al coordinamento formale ed esteriore degli atti processuali anzichè al contenuto, appare che il giudizio si sia unificato; senonchè, quando si abbia riguardo alla materia della quale in questo giudizio si contende e alle pronuncie alla formazione delle quali tale giudizio conduce, non è difficile scorgere che, nell'interno di questo processo apparentemente unico, due processi si formano separatamente, due rapporti processuali si svolgono indipendenti, giustapposti al solo scopo di determinare nel giudice un'unica convinzione, resa necessaria dal fatto che la pronuncia sull'azione di molestia è un presupposto della pronuncia sull'azione di garantia.

192. — Un'applicazione pratica del principio che la chiamata in garantia dà luogo ad una lite distinta da quella di molestia, la quale con questa viene a riunirsi per connessione, non già a unificarsi per identità, si può avere in materia: *a*) di *rinuncia agli atti del giudizio; b*) di *perenzione.*

a) Se, in quel giudizio apparentemente unico che resulta dall'abbinamento della questione di molestia colla questione di garantia, viene ad estinguersi — in virtù della rinuncia agli atti del giudizio accettata, a forma degli artt. 343 e 344 Cod. proc. civ. — uno dei due rapporti processuali, quale effetto ha tale estinzione sull'altro rapporto processuale?

Se il garantito rinuncia agli atti del giudizio contro il garante, per il che viene a troncarsi in questa sede la questione di garantia, tale rinuncia non può avere nessuna efficacia sul processo nel quale si svolge la questione di molestia, e neppure può modificare il merito della questione stessa, per il noto principio che « il rigetto (in questo caso la rinuncia) della domanda di garantia non produce mai il rigetto della domanda di molestia » (dietro, n. 91); lo stesso dovrebbe dirsi anche se il garantito avesse rinunciato addirittura all'azione di garantia, anzichè semplicemente agli atti del giudizio.

Se, al contrario, la rinuncia agli atti del giudizio viene fatta dal terzo molestante attore nella questione di molestia (3), l'estinzione del

(3) Affinchè la rinuncia agli atti del giudizio fatta dal terzo molestante sia

processo di molestia non impedirà l'ulteriore svolgimento del rapporto processuale tra garantito e garante, ma darà diritto al chiamato in causa di farsi assolvere dalla domanda di garantia, per mancanza di interesse nel garantito a chieder la difesa contro una molestia che più non sussiste (4); se poi il garante non vorrà valersi di tale diritto, « niente vieta — scrive il MORTARA (5) — che fra lui e il convenuto, attore in garantia, prosegua e sia decisa la controversia, riferendo l'oggetto della decisione alla eventualità di riproduzione posteriore della istanza principale ». Si capisce che il diritto del garante a farsi assolvere dalla domanda di garantia per la rinuncia del terzo molestante agli atti del giudizio, non impedisce al garantito, quando il terzo molestante riproponga la sua azione in un nuovo giudizio, di riproporre a sua volta la chiamata in garantia, e di far condannare, ove ne sia il caso, il garante alla difesa; ciò non potrebbe avvenire invece quando il terzo molestante avesse rinunciato all'azione di molestia, nel qual caso l'azione di garantia sarebbe per sempre estinta, per il principio che « se l'azione di molestia viene respinta (in questo caso estinta), dev'essere necessariamente respinta anche la domanda di garantia » (dietro, n. 91).

b) L'art. 338 Cod. proc. civ. stabilisce che qualunque istanza è perenta se pel corso di tre anni non siasi fatto alcun atto di procedura. Ora, in materia di chiamata in garantia, si è verificato il caso seguente: in una causa a rito formale vertente tra *A* e *B*, è chiamato regolarmente in garantia *C*, che compare nel termine stabilito. Avvenuta la regolare comparizione di *C*, seguono repliche e controrepliche tra A e B, ma, mentre resta così in vita la questione di molestia, passano tre anni senza che più si facciano atti tra *B* e *C*; potrà sostenersi che, nonostante la sopravvivenza della causa tra *A* e *B*, la istanza di *B* contro *C* è perenta?

Evidentemente sì, poichè le due cause sono distinte, mentre dovrebbesi risponder di no, se si ritenesse che le due questioni formano una causa unica. La già dimostrata diversità sostanziale di due rapporti processuali permette l'estinzione della questione di garantia nono-

---

valida, occorre l'accettazione, oltrechè del garantito, anche del garante, che, nella causa di molestia, figura come interveniente? Una sentenza della Cass. Torino, 22 giugno 1880, *Mon. trib.*, 754, risponde che alla validità della rinuncia non occorre l'accettazione dell'interveniente in causa, quando il giudice, prese in esame le sue ragioni, le trova infondate.

(4) Secondo il MORTARA (*Comm.*, III, n. 693) il garante potrebbe in questo caso far valere soltanto « una eccezione dilatoria in appoggio alla domanda di assoluzione dal giudizio ». A me pare invece che qui non si tratti soltanto di assoluzione *dal giudizio*, per mancanza di presupposti processuali, ma di assoluzione *dalla domanda*, per mancanza di interesse nel merito.

(5) *Comm.*, loc. cit.

stante la sopravvivenza della questione di molestia: e ciò, in base a quel principio, posto da noi al n. 91, secondo il quale « se la domanda di molestia viene accolta, può, ciò nonostante, esser respinta (nel caso è perenta) la domanda di molestia ». Di nessuna importanza, allo scopo di risolvere la questione, è lo indagare se la questione di garantia, regolarmente proposta in via incidentale, s'abbia a intendere implicitamente unita senz'altra formalità alla causa di molestia; perchè, anche risolvendo affermativamente, come io ho già fatto (dietro, n. 189) tale questione, la distinzione sostanziale dei due processi e la possibilità di una perenzione operante su l'una azione e non sull'altra non viene affatto a essere negata (6).

Ma, se è possibile che venga a perimersi la istanza di garantia mentre seguita a svolgersi la questione di molestia, potrebbe restar viva la istanza di garantia regolarmente proposta in via incidentale, quando venisse a perimersi la istanza di molestia? La risposta è identica a quella data per la stessa questione fatta in tema di rinuncia: la perenzione del giudizio subordinante non tronca *ipso iure* anche quello dipendente di garantia, se, quanto al garante, il termine triennale non sia peranche compiuto; ma, se la perenzione del rapporto processuale di molestia non ha effetto alcuno sul rapporto processuale di garantia, essa dà modo al garante di respingere in merito la domanda di garantia stessa (7).

193. — Quando il garante sia regolarmente comparso, si inizia quello che la Cassazione di Roma (8) chiamò, con frase empirica, un giudizio *triangolare*: si ha infatti una certa corrispondenza tra la posizione che possono prendere le parti in questo giudizio e la disposizione degli elementi geometrici del triangolo: come in un triangolo si hanno tre *vertici*, così, nel giudizio che ha luogo per la contemporanea trattazione della causa di molestia con quella di garantia, si hanno tre parti in contraddittorio; e, come ciascuno dei tre

---

(6) BATTISTA, *Perenzione d'istanza* (*Dig. it.*, 2ª), n. 15; App. Venezia, 24 gennaio 1878, *Legge*, 1878, I, 228; Cass. Roma, 15 aprile 1878, *Legge*, 1878, I, 530; App. Venezia, 14 gennaio 1884, *Temi ven.*, 1884, pag. 242 (con lunga nota); Cass. Napoli, 5 marzo 1890, *Gazz. proc.*, 1891, 105. Contro: NALIN, scritto citato. Inoltre Cass. Napoli, 7 febbraio 1884, *Gazz. proc.*, 1884, 103; App. Roma, 25 maggio 1896, *Temi rom.*, 1896, 465.

(7) Cass. Torino, 7 aprile 1875, *Giur. tor.*, 1875, 434. La stessa sentenza stabilì, in materia di perenzione, in relazione alla chiamata in garantia, che: « La perenzione non è interrotta dalla citazione di un terzo in garantia, se questa citazione non è stata notificata e comunicata alla parte avversa, ed indi non avvenne l'unione della causa principale con quella di garantia ». V MATTIROLO, op. cit., III, n. 1118; CUZZERI, op. cit., art. 338, quest. 7 *e*.

(8) Già citata sentenza 29 maggio 1890.

vertici è unito a ciascuno degli altri due per mezzo di una linea laterale, così ciascuna delle tre parti in causa è o può essere unita a ciascuna delle altre due da uno speciale rapporto processuale.

Fra ciascuna di queste tre coppie di parti (*A* e *B*, *B* e *C*, *A* e *C*) esiste una relazione processuale di *contrasto*: tra *A* e *B* si contenderà sull'obbligazione principale (questione di molestia); tra *B* e *C*, sull'obbligazione di garantia; *A* e *C* sull'una o sull'altra secondo la fattispecie. Si hanno, per dir così, tre duelli distinti e contemporanei, nei quali ciascuno dei duellanti deve nello stesso tempo tener testa a due avversarî. Ma, come conseguenza di queste tre diverse relazioni di *contrasto*, sorgono anche, tra ciascuna delle tre coppie suddette, relazioni di *alleanza* contro l'avversario comune: *A* potrebbe avere un certo interesse ad allearsi con *B*, per sostenere che esiste in *C* l'obbligo di garantire; *C* potrebbe avere interesse ad allearsi con *B*, per distruggere le pretese di *A*.

194. — Ma, ripeto, questa è una rappresentazione del tutto empirica dei rapporti che si svolgono nel complicato processo derivante dalla riunione della questione di molestia colla questione di garantia. Per dare, invece, un profilo scientificamente esatto di tale complesso processo, bisogna scinderlo nei suoi elementi costitutivi; e, a tale scopo, bisogna ricordare qui la distinzione già fatta della chiamata in garantia nei due principali elementi che la compongono:

1) chiamata in causa del garante (intervento coatto del garante nella questione di molestia);

2) domanda di garantia (proposizione dell'azione di garantia contro il garante).

L'effetto di questi due diversi atti che esistono contemporaneamente nella chiamata in garantia è diverso: conseguenza della chiamata in causa del garante è l'intervento di esso nella causa vertente fra terzo molestante e garantito, la quale così, senza che sia cambiato per nulla l'oggetto della controversia, viene a essere integrata nei soggetti. D'altra parte, conseguenza della domanda di garantia è il sorgere, accanto al processo vertente sulla questione di molestia, di un altro processo, formalmente riunito col primo ma sostanzialmente autonomo, per la formazione di una pronuncia tra garantito e garante sulla questione di garantia. Nell'àmbito di quel giudizio esteriormente unico che resulta dall'unione delle due cause, si svolgono contemporaneamente due diversi processi: del primo fanno parte normalmente tre soggetti: *A* terzo molestante in veste di attore o di convenuto principale, *B* garantito in veste di convenuto o di attore principale, *C* garante in veste di interveniente; al secondo partecipano due soggetti soltanto: *B*, garantito, attore, e *C* garante, convenuto.

Abbiamo visto nel precedente capitolo (dietro, n. 181) come tal-

volta la preliminare opposizione del garante *C* possa produrre l'espulsione di lui dal processo in esame, il quale torna a diventare così un processo semplice, che mira a una sola pronuncia tra *A* e *B;* vedremo nel corso di questo capitolo (avanti, n. 216) che, in certe circostanze, dal processo abbinato può essere espulso il garantito *B*, per il che analogamente il processo torna ad esser semplice, e mira ad un'unica pronuncia tra *A* e *C*. Ma, a prescindere da tali ipotesi speciali, dobbiamo qui esaminare l'indole di ciascuno dei due processi, che si svolgono paralleli in un procedimento apparentemente unico, e le relazioni che passan tra loro. E cominciamo dal più semplice, da quello cioè vertente tra garantito e garante allo scopo di ottenere dal giudice una pronuncia sull'obbligo di garantia.

195. — Nel processo tra garantito e garante, che si svolge intorno all'obbligo di garantia, sono proposte cumulativamente, come altrove ho dimostrato, due azioni distinte: l'azione di difesa e l'azione di regresso; il garantito, cioè, mira ad ottenere dal giudice una doppia pronuncia:

1) che il garante è tenuto a prestargli la difesa;

2) che, non avendo voluto prestarla o non avendola prestata efficacemente, è tenuto a risarcirgli il danno.

Può accadere peraltro che il garante, fin dal momento della sua comparizione, riconosca di esser tenuto a fornir la difesa al garantito; in tal caso l'azione di difesa non ha più ragione d'esser proposta, e il processo che seguita a svolgersi tra garantito e garante conduce in questo caso a una sola pronuncia del giudice, il quale, accogliendo la domanda di molestia, condannerà al risarcimento il garante. Si intende che il garante, in questo giudizio vertente sull'obbligo di garantia, gode della stessa libertà di difesa che godrebbe se questo giudizio fosse autonomo, e può proporre a tal uopo tutte le eccezioni tanto di merito quanto di rito, meno quella di incompetenza territoriale (dietro, n. 110).

È facile vedere che in siffatta controversia, vertente fra garantito e garante intorno all'obbligo di difesa e di risarcimento, nessuna ingerenza ha il terzo molestante, al quale per solito nulla interessa che il garantito sia o non sia rilevato dal garante; nonostante che la questione di molestia e la questione di garantia si svolgano in uno stesso procedimento, il terzo molestante è di regola perfettamente estraneo alla questione di garantia. Senonchè si possono immaginare dei casi nei quali, essendo il terzo molestante creditore del garantito (p. e. nei casi di garantia semplice, quando esso chiede il pagamento di una somma), egli abbia interesse a far condannare il garante in favore del garantito, allo scopo di poter più agevolmente esigere da questo il pagamento della somma da lui

dovutagli: in questi casi, siccome l'intervento *ad adiuvandum* del creditore nel giudizio ov'è parte il debitore è generalmente ammesso (9), potrà il terzo molestante non restare estraneo alla questione di garantia, in questa intervenendo adesivamente allo scopo di far condannare il garante in favore del garantito. Ma potrà accadere anche qualcosa di più: che, cioè, il terzo molestante valendosi del diritto di surrogazione, riconosciuto dall'art. 1234 Cod. civ., subentri nel diritto di risarcimento eventualmente spettante al garantito contro il garante, e partecipi alla questione di garantia non per dare opera ausiliaria affinchè sia pronunciata sentenza di condanna del garante a favor del garantito, ma per chiedere direttamente la condanna del garante in proprio favore; si verificherà così, in seguito alla successione sostanziale nel diritto, una successione processuale nell'azione (10).

196. — A maggiori complicazioni processuali dà luogo la causa vertente sull'azione di molestia, nella quale si trovano in contraddittorio il terzo molestante e il garantito, e il garante figura come interveniente (coatto). Tali complicazioni derivano dal diverso atteggiamento che nel processo può tenere il garante: a prescindere infatti dal caso in cui egli, nei casi di garantia formale, assuma la lite del garantito (caso speciale di cui in seguito tratterò a parte), due diverse situazioni processuali si avranno secondochè egli stia nella causa di molestia come semplice spettatore, o, al contrario, acconsenta a fornire al garantito mezzi di difesa e attivamente con lui cooperi a respingere le pretese della controparte.

La chiamata in causa del garante nella causa di molestia, mira, come si è detto, a due scopi:

a) a render comune al garante la sentenza;

b) a mettere il garante nella condizione di prestare, se vuole, la difesa processuale.

Se il garante chiamato in causa non risponde, o, comparendo, dichiara di non esser tenuto alla difesa, la chiamata in causa avrà l'unico effetto di dare alla sentenza forza di cosa giudicata anche di fronte al garante; ma se il garante, anzichè restar contumace o negar l'obbligo di garantia, acconsente a coadiuvare il garantito ai danni della parte avversaria, si stabilisce tra garantito e garante un rapporto di litisconsorzio, i cui singolari effetti è opportuno indagare con diligenza.

---

(9) SABBATINI, op. cit., n. 11 e segg.

(10) V. su questa sostituzione, le discordi sentenze: Cass. Torino, 8 novembre 1877, *Giorn. trib.*, VIII, 1205; Id., 28 dicembre 1886, *Legge*, 1887, 1, 338; Cass. Napoli, 1° febbraio 1890, *Gazz. proc.*, XXIII, 569; App. Bologna, 30 dicembre 1895, *Mon. giur. bol.*, 1896, 49. V. anche DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 443.

197. — Se l'intervento del garante nella causa del garantito si potesse considerare come una tra le diverse forme di intervento volontario, basato sopra un semplice interesse, esso dovrebbe essere considerato come un intervento *adesivo,* poichè il garante, evidentemente, interviene per *aiutare* il garantito. Difatti nelle legislazioni a tipo tedesco, per le quali il garante non è obbligato alla difesa processuale, si trova espressamente stabilito che, ove il denunziato acceda alla lite del denunziante, la sua posizione rispetto alle parti si determina secondo i principî dell'intervento adesivo (11).

Senonchè il considerare l'intervento del garante nella causa del garantito coi criterî comuni a tutte le specie di interventi basati su un interesse, condurrebbe ad ammettere che il garante, come tutti gli intervenienti *ad adiuvandum,* dev'essere sottoposto nelle facoltà processuali a quelle restrizioni che il diritto positivo e la dottrina stabiliscono per l'interveniente, nei casi d'intervento adesivo e in ispecial modo nei casi d'intervento adesivo semplice. Al contrario riteniamo che l'intervento del garante nella causa del garantito debba — nel nostro diritto, secondo il quale la garantia ha un contenuto principalmente processuale — considerarsi come una forma d'intervento tutto particolare, che potrebbesi denominare intervento *difensivo,* per lo scopo caratteristico che lo determina, il quale, è, come si sa, l'adempimento dell'obbligazione di difesa.

Questo intervento ch'io chiamo *difensivo* è diverso dall'intervento semplicemente *adesivo* per fondamentali differenze. Anzitutto, mentre l'intervento adesivo ha fondamento in un interesse del terzo adiuvante, l'intervento difensivo ha fondamento in un obbligo del terzo garante: mentre l'adiuvante interviene mosso dal *suo* interesse, da lui stesso apprezzato, per un suo spontaneo riconoscimento dei vantaggi che a lui posson derivare dalla vittoria dell'adiuvato, il garante non è mosso da un libero apprezzamento del proprio interesse, ma è legato da una obbligazione che lo costringe a dare opera alla vittoria del garantito, se non vuole che costui si rivolga a chiedergli l'indennità per l'inadempienza dell'obbligo di difesa. La posizione dell'adiuvante è quella di chi tutela il proprio diritto, che potrebbe esser in qualche modo pregiudicato dalla soccombenza dell'adiuvato; la posizione del garante è quella di chi adempie l'obbligazione contratta, dall'inadempimento della quale sorgerebbe contro di lui una azione di danni (12).

---

(11) Reg. proc. civ. Germania, § 74; Austria, § 21. Così anche nelle leggi processuali della Svizzera tedesca: per es., Zurigo, § 251; San Gallo, § 71.

(12) All'effetto di determinare le facoltà processuali dell'interveniente, si suol distinguere l'interveniente *volontario* dall'interveniente *coatto,* e si ritiene che, mentre l'interveniente volontario debba accettar la causa *in statu et terminis,* l'in-

Un'altra differenza notevolissima si desume da questo: che, mentre l'interveniente *ad adiuvandum* mira a far riconoscere un diritto *altrui,* il garante può mirare non solo a far riconoscere un diritto *altrui* (come accade tutte le volte in cui fa valere mezzi di difesa proprî al garantito), ma a far riconoscere un diritto *proprio,* dal riconoscimento del quale può derivare il riconoscimento del diritto del garantito o il disconoscimento del diritto vantato dalla parte avversaria contro il garantito. La posizione che il garante, che acconsente a prestar la difesa, assume nella causa del garantito è singolarissima: si prenda, p. e., il caso più comune di garantia semplice derivante dalla fidejussione: quando il debitore principale (garante) interviene nella causa che verte fra il creditore e il fidejussore (garantito), egli porta generalmente mezzi di difesa desunti non dal diritto del convenuto principale, ma dal diritto *proprio.* Egli eccepirà, per esempio, che il debito per causa del quale il fidejussore si trova perseguito in giudizio, fu già pagato da lui debitore principale: verrà così a mettere in discussione il diritto proprio, non il diritto del garantito. Ma, qualora gli riesca di provare l'estinzione del debito, il riconoscimento del diritto a lui proprio avrà efficacia sul diritto altrui, in quanto che il garantito verrà così a trovarsi liberato dalle ingiuste pretese del terzo molestante. Si ha dunque questa precisa situazione: che il garante è, non soltanto interessato, ma obbligato a provare il diritto proprio, affinchè ne consegua la vittoria del garantito, che dipende dalla esistenza di tale diritto. La causa del garantito diventa, in un certo senso, causa del garante, al quale risale l'atto illegittimo che ha dato luogo alla molestia del garantito: nè, come nel caso di intervento adesivo, l'intervento deve limitarsi a mantenere la controversia nell'àmbito del diritto altrui, ma può e deve estenderla alla disamina del diritto proprio.

Avviene, insomma, un fenomeno tutto particolare, che non si può far rientrare in nessuna figura processuale affine. Non si tratta soltanto di un intervento adesivo, per le ragioni dette; non si tratta di una successione processuale (meno che nel caso di assunzione di lite, di cui avanti, n. 211), poichè il garantito seguita ad essere in causa, nè subentra al suo posto il suo garante: al processo che verte tra il garantito e il terzo molestante sulla pretesa spiegata coll'azione

---

terveniente coatto ha diritto a difendersi senza limitazione. Ma nel caso di intervento del garante, non credo che tale distinzione abbia valore: sia quando il garante interviene a prestar la difesa perchè il garantito l'ha chiamato, sia quando il garante interviene volontariamente perchè sa di esser tenuto alla difesa, il garante mantiene la figura di un obbligato che adempie l'obbligazione: e in tutt'e due i casi non l'interesse, ma l'obbligo lo determina a prestar la difesa.

di molestia, viene ad aggiungersi un processo tra il garante e il terzo molestante stesso sul diritto del garante, dall'esistenza del quale dipende la vittoria del garantito. È una specie di pronuncia preventiva, per dir così, la quale deve esser data dal giudice per potersi pronunciare sull'azione di molestia: in quel processo, ad esempio, che verte tra *A* e *B* (creditore principale e fidejussore) e al quale accede *C* (debitore principale), viene a incastrarsi una specie di processo interno tra *A* e *C*: il giudice, prima di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa di *A* verso *B* (se per esempio, *A* abbia diritto a chiedere un certo pagamento da *B*) deve esaminare se è valida la difesa che *C* desume dal proprio diritto (se, cioè, *C* abbia già pagato ad A la somma in questione); e soltanto dopo essersi pronunciato su questo punto ch'è come una premessa, potrà pronunciarsi sulla fondatezza dell'azione di molestia (13).

198. — Dato così, schematicamente, il profilo del processo che si svolge quando nella causa di molestia il garante accede al garantito, si comprenderà che non è facile stabilire con precisione quali sono, di fronte al terzo molestante, le facoltà processuali del garante difensore. Dovremo ritenere che il garante debba venire in causa semplicemente come un continuatore e un integratore della difesa già portata dal garantito, o, al contrario, che il garante abbia diritto di far valere anche tutti quei mezzi di difesa ai quali il garantito ha già rinunciato? Non trovo che nessun autore abbia cercato di risolvere con un criterio generale questo punto: e nelle legislazioni, se da una parte le leggi processuali a tipo tedesco determinano chiaramente che il garante difensore, considerato come un interveniente *ad adiuvandum* non obbligato alla difesa, deve accettare la causa nello stato in cui si trova al momento del suo intervento (14), vediamo d'altronde stabilito espressamente in altre leggi a

---

(13) Si veda come, in questi rapporti processuali nascenti dalla garantia, si verifica, per un certo concatenamento tra le varie azioni, una specie di *ciclo* processuale. Se, nella causa di molestia, il garante intervenuto riesce a dimostrare il proprio diritto, cade l'azione di molestia del terzo molestante contro il garantito, e cade l'azione di regresso del garantito contro il garante, il quale, dimostrando il proprio diritto, viene in definitivo a liberarsi dalla obbligazione di garantia; se al contrario il garante non riesce a portar valide difese contro la parte avversaria del garantito, è accolta l'azione di questa contro il garantito, e l'azione del garantito contro il garante, il quale viene così in definitivo a risentire il danno del proprio fatto illecito (vendita di cosa altrui, morosità nel pagamento del debito).

(14) Così per tutte le leggi già citate (dietro, n. 197, nota 11), che, considerando il denunziato come un interveniente, estendono anche a lui le regole del-

tipo francese, nelle quali una obbligazione alla difesa è implicitamente ammessa, che il garante difensore può far valere tutti i suoi diritti senza esser legato dagli atti della procedura anteriori alla chiamata in garantia (15).

Quantunque le disposizioni delle leggi tedesche, che non ammettono una obbligazione di difesa, non possano applicarsi alla chiamata in garantia, che presuppone tale obbligazione, parmi che un certo lume nella questione possa esser dato da quella distinzione che vien fatta, sulla traccia del Regolamento Germanico, di intervento adesivo *semplice* e intervento adesivo *litisconsorziale.* Il primo ha luogo quando l'interveniente trovasi in un rapporto giuridico colla parte adiuvata tale che l'esito sfavorevole della lite, pur non spiegando effetto di cosa giudicata a suo riguardo, renderebbe più difficile la difesa del suo diritto: in questo caso l'intervento non può valersi di mezzi di difesa che siano in opposizione con dichiarazioni ed atti della parte adiuvata; il secondo ha luogo (Reg. Germ., § 69) quando l'interveniente trovasi in un rapporto coll'avversario della parte adiuvata, tale che la decisione emanata nella causa principale avrebbe efficacia di cosa giudicata anche su tale rapporto; in questo caso l'interveniente è considerato come un litisconsorte dell'adiuvato che, secondo il § 61 Reg. Germ., non è pregiudicato dagli atti dell'altro litisconsorte, ed ha autonomia nei mezzi di difesa (16). Qualora, ciò posto, si domandi, a quale di queste due figure debba ascriversi l'intervento del garante a difesa del garantito, sembra a prima vista che si debba far rientrare nel caso dell'*intervento semplice,* in quanto che la sentenza emanata tra terzo molestante e garantito non avrebbe nessun effetto di cosa giudicata di fronte al garante, qualora egli si mantenesse estraneo al processo (17); ma, ove si rifletta che la ragione prima per la quale è sorto il processo tra terzo molestante e garantito è l'esistenza di un precedente rapporto giuridico fra quel terzo e il garante (per es. un rapporto di creditore a debitore), si vedrà che il garante non tanto interviene in causa per modificare con mezzi di difesa trascurati dal garantito la pronuncia sul rapporto giuridico vertente tra garantito e terzo molestante, quanto per provocare in proprio

---

l'intervento accessorio (per es., Reg. proc. civ. Germanico, § 67); la legge processuale di Sciaffusa stabilisce espressamente (§ 126) che chi entra nella lite denunziatagli, deve accettare il processo nello stato in cui lo trova.

(15) Cod. proc. civ. Vallese, art. 58.

(16) V. Chiovenda, *Principii* (3ª ediz.), pag. 603.

(17) Difatti il Chiovenda porta come esempio di intervento adesivo semplice quello del venditore (garante) nella lite di rivendicazione mossa dal terzo al compratore (garantito).

favore una pronuncia sul rapporto giuridico vertente tra terzo molestante e lui garante, la quale avrà efficacia sulla pronuncia da emanarsi sull'altro rapporto. Sembra adunque, in considerazione di ciò, che l'intervento del garante abbia certi punti di contatto colla figura dell'intervento litisconsorziale, allontanandosi da quella dell'intervento semplice.

Il garante sarà dunque considerato come un litisconsorte, fornito di autonomia processuale. Ma bisogna distinguere, per maggior precisione, i mezzi di difesa opponibili al terzo molestante in due classi:

1) mezzi proprî al garantito, idonei a produrre la pronuncia sul rapporto giuridico vertente fra garantito e terzo molestante;

2) mezzi proprî al garante, idonei a produrre una pronuncia sul rapporto giuridico vertente tra garante e terzo molestante. Per proporre i mezzi della seconda classe, il garante deve avere l'autonomia più sconfinata, nè può in alcuno modo essere vincolato dagli atti precedenti alla sua comparizione; al contrario, per i mezzi della prima classe, egli potrà valersene solo in quanto il garantito non vi abbia rinunciato in modo ormai irrimediabile, in quanto cioè non si sia verificata per essi una definitiva preclusione.

Il garante, come si sa, è obbligato a difendere il garantito dalla domanda avversaria; e a tale scopo egli può valersi non solo di mezzi desunti dal diritto proprio (come accade, per esempio, quando il venditore, contro il terzo che ha mosso azione di revindica contro il compratore, eccepisce la prescrizione trentennale già compiutasi in favore di lui venditore) ma anche di mezzi desunti dal diritto del garantito (come accade, per esempio, quando il venditore, nell'ipotesi fatta, eccepisce la prescrizione decennale compiutasi a favore del compratore di buona fede); ma, quando si tratta di questi ultimi, se ne può valere soltanto in quanto essi esistano sempre nel garantito e non siano stati annullati da precedente rinuncia o decadenza.

Riassumendo, diremo che quella speciale forma di intervento adesivo del garante, che io chiamo intervento *difensivo*, è una figura tutta propria, la quale, in quanto ai mezzi di difesa desunti dal diritto del garantito, si regola secondo le leggi dell'intervento adesivo semplice, e, in quanto ai mezzi di difesa desunti dal diritto del garante, si regola secondo le leggi dell'intervento litisconsorziale.

199. — Venendo ora alle pratiche applicazioni dei principî posti, troviamo che la giurisprudenza ha sempre riconosciuto nel garante il diritto di opporre all'attore principale con semplice comparsa tutte quelle difese ed eccezioni di merito che meglio valgano a

tutela del suo garantito (18), e di far valere anche le eccezioni che il convenuto principale poteva opporre e, senza decadenze, non ha opposte (19). Il garante può proporre contro il terzo molestante domande riconvenzionali, sia spettanti al garantito (20) sia in nome proprio, quando dipendano dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o dal titolo che già appartiene alla causa di molestia come mezzo di eccezione (21), non già dal titolo dedotto in giudizio dal convenuto principale contro esso garante (22). Fra i mezzi di difesa dei quali il garante può valersi contro il terzo molestante c'è anche la eccezione di prescrizione (23).

S'intende che di tutti questi mezzi di difesa, sia appartenenti in proprio al garante, o desunti *ex iuribus* dal garantito, il garante potrà valersi solo allo scopo di provare quel rapporto di diritto tra lui e il terzo molestante dal quale può dipendere la pronuncia sul rapporto vertente tra il terzo molestante e il garantito. Tutti i mezzi proposti dal garante devono cioè servire, direttamente o indirettamente, alla difesa del garantito contro la molestia, e non potrebbe il garante sollevare contro il terzo molestante questioni eccedenti l'àmbito della lite originaria e inidonee a modificare in favore del garantito la definitiva pronuncia (24).

200. — Maggiore incertezza si può presentare sulle eccezioni *processuali*, che opponibili solo *in limine litis*, siano state trascurate e

---

(18) Cass. Napoli, 26 novembre 1879, *Gazz. proc.*, 1879, 603; App. Palermo, 2 agosto 1897, *Foro sic.*, 1898, 271; Cass. Torino, 23 maggio 1902, *Giur. tor.*, 1902, 1017; App. Catania, 4 marzo 1903, *Giur. cat.*, 1903, 174; App. Milano, 12 aprile 1911, *Giur. it.*, 1911, I, 2, 302; Trib. Catania, 13 febbraio 1911, *Giur. cat.*, 1911, 77; Cass. Napoli, 18 marzo 1911, *Dir. e giur.*, XXVI, 730; Cass. Torino, 17 giugno 1911, *Mon. trib.*, 1911, 681.

(19) Cass. Firenze, 21 maggio 1894, *Annali*, 1894, 1, 401; App. Venezia, 27 luglio 1897, *Temi ven.*, 1897, 457. Avverte il GARSONNET, che, siccome la garantia dev'esser proposta preliminarmente, è impossibile che il garante compaia quando già sia pregiudicato il merito; ma che, qualora ciò fosse, tutta la parte del processo svoltasi tra garantito e terzo molestante dovrebbe aversi per nulla (op. cit., § 948, nota 3); non ci sembra accettabile tale opinione, che verrebbe a ledere i diritti della controparte, e riteniamo che in questo caso il garante si rifiuterà di prestar la difesa, salvo a eccepire, nella questione di regresso, che la obbligazione di prestar la difesa non è stata adempiuta per colpa del garantito. V. Cass. Torino, 10 dicembre 1894, *Giur. tor.*, 1895, 85; DE PAEPE, op. cit., n. 56.

(20) Citata sentenza, Cass. Firenze, 21 maggio 1894.

(21) Cass. Firenze, 30 aprile 1888, *Annali*, 1888, I, 1, 158.

(22) Pr. Somma, 18 novembre 1907, *Gazz. proc.*, XXXV, 47.

(23) App. Bologna, 28 novembre 1901, *Foro bol.*, 1902, 13.

(24) « Il garante... non può sollevare questioni che l'attore con la sua domanda non abbia provocato », già citata sentenza Cass. Firenze, 21 maggio 1894.

quindi perdute dal garantito (per es. l'eccezione di incompetenza territoriale, che il garantito poteva opporre e non ha opposto contro il terzo molestante); potrà il garante sollevare di nuovo tali eccezioni, già sanate dal garantito, quando egli entra in causa?

Bisogna, per rispondere alla questione, ricorrere a una finzione: figurare, cioè, che il garante, anzichè esser chiamato in una causa già iniziata, fosse stato fin da principio citato in giudizio come convenuto principale a lato del garantito; e indagare se egli, in tale ipotesi, avrebbe potuto sollevare, *ex iure proprio* e non *ex iuribus* del garantito, le eccezioni in esame. Se così è, il garante deve poterle sollevare anche essendo chiamato in una causa già iniziata, poichè il garantito, quando ha rinunciato ad opporle, non ha potuto pregiudicare i diritti proprî del garante. Illustrerò il mio concetto con un esempio: poniamo che il garantito sia stato citato dal terzo molestante a un foro diverso da quello territoriale, e che non abbia opposto *in limine litis* l'eccezione di incompetenza relativa; il garante, chiamato in causa, può sollevare tale eccezione trascurata dal garantito, perchè, avendo diritto a prestar la difesa colà dove la causa di molestia deve legalmente essere introdotta, l'eccezione di incompetenza gli compete *ex iure proprio* (dietro, n. 112). Poniamo, al contrario, che esistendo tra terzo molestante e garantito una convenzione all'effetto di sottoporre ogni loro controversia a un foro determinato, il terzo molestante citi il garantito davanti al giudice naturale, diverso da quello eletto; in tal caso il garantito può, *in limine litis*, sollevare l'eccezione di rinuncia al foro naturale, per far rinviar la causa dinanzi al giudice eletto; ma, se non solleva preliminarmente tale eccezione, il garante, chiamato in causa, non potrà più sollevarla, perchè essa è personale del garantito, che, rinunziando a farla valere, l'ha per sempre estinta.

Lo stesso principio può valere per tutte le eccezioni di rito, come, ad esempio, l'eccezione di nullità d'atti, ecc. (25).

201. — Abbiamo supposto finora che il garante, riconoscendo il suo obbligo di prestar la difesa, dia attivamente opera all'adempimento della sua obbligazione, sostenendo il contraddittorio in causa; ma può darsi che il garante si limiti a suggerire al garantito i mezzi per difendersi, restando in giudizio come semplice spettatore e lasciando al garantito la cura di far valere i mezzi fornitigli. In tale caso, per un principio inverso a quello già enunciato, si deve ritenere che il garantito può far valere anche quei mezzi di difesa che più non gli spetterebbero in proprio, ma che ancora potrebbero

(25) Garsonnet, op. cit., III, § 948.

esser fatti valere dal garante intervenuto (nella fattispecie è stato giudicato che il garantito può dedurre prova su fatti nuovi, quando il termine di quindici giorni, già scaduto di fronte a lui, è tuttora in corso di fronte al garante) (26).

202. — Si è visto (dietro, n. 195) che il terzo molestante può intervenire nella questione di garantia ed anche sostituirsi in essa al garantito; nella questione di molestia, d'altronde, egli potrà con semplice comparsa estendere la sua domanda anche al garante, che, opponendogli mezzi di difesa desunti dal diritto proprio, viene a diventare parte in causa (avanti, n. 207) (27). Ma non potrebbe il terzo molestante proporre contro il garante intervenuto domande nuove esorbitanti dalla causa di molestia, nè rinunciare alla domanda promossa contro il garantito per far valere nello stesso giudizio una azione diversa contro il garante (28).

203. — Tra le facoltà che competono alle parti in causa, principalissima è quella di esperimentare i mezzi di prova per dimostrare la fondatezza del proprio assunto. Ora quali saranno i mezzi di prova che potrà esperimentare il garante, quando intervenga nella causa di molestia a prestar la difesa? Per stabilire quali sono le facoltà dell'interveniente in relazione ai mezzi di prova, la dottrina distingue le diverse forme d'intervento; e mentre ammette che l'interveniente coatto e l'interveniente volontario *ad excludendum* (*hauptintervention* del diritto processuale germanico) possano valersi di qualunque mezzo di prova, ritiene che l'interveniente volontario *ad adiuvandum* non possa valersi altro che delle prove ancora sperimentabili dalla parte nel cui ausilio interviene (29). Se in materia di garantia si potesse interamente seguire tale dottrina posta per le varie specie di intervento, bisognerebbe dedurne che il garante, quando presta la difesa perchè è chiamato in causa dal garantito, possa esperimentare tutti i

---

(26) Cass. Torino, 22 maggio 1903, *Giur. tor.*, 1903, 1275.

(27) Cass. Torino, 3 luglio 1895, *Giur. tor.*, 1895, 553. V. De Paepe, op. cit., n. 27.

(28) V. De Paepe, op. cit., n. 28, il quale cita la fattispecie seguente, decisa dal Tribunale di commercio di Gand (19 aprile 1879, *Pasicr.*, 1880, III, 329). *A* cita in giudizio *B* per il pagamento di merci vendutegli; ma *B* chiama in garantia *C*, commissionario incaricato di trasportar le dette merci, adducendo che tali merci non gli sono state da *C* consegnate. Non può in questo caso *A* rinunziare nello stesso giudizio all'azione contro *B*, e domandare direttamente *ex iure proprio* i danni a *C*.

(29) Lessona, *Prove*, I, n. 203 *bis;* Sabbatini, op. cit., nn. 45, 65, 87; Mattirolo, op. cit., III, n. 835.

mezzi di prova senza limitazione alcuna, come colui che interviene coattivamente; mentre al contrario, quando presta tale difesa volontariamente, debba valersi soltanto dei mezzi di prova ancora esperimentabili dal garantito, come colui che ha veste di interveniente volontario *ad adiuvandum*. Senonchè già ho avvertito che non si può in materia di intervento *difensivo* seguire i principî posti per l'intervento adesivo; onde io reputo, per le ragioni altrove dette, che volontariamente o coattivamente intervenga, il garante debba goder sempre nel prestar la difesa della più ampia libertà di prova; un'eccezione sola devesi porre a restringere tale ampia facoltà, quando, cioè, il garante volesse far valere mezzi di difesa desunti dal diritto del garantito: in questo unico caso egli potrebbe far valere solo i mezzi di prova ancora esperimentabili dal garantito (30).

204. — La confessione del garante nuoce al garantito? Nel codice di procedura del Portogallo, l'art. 322 espressamente stabilisce (§ 5) che la confessione del garante, il quale riconosce il diritto vantato dal terzo molestante, non impedisce al garantito di continuare per conto suo la lite (31). Il garante e il garantito che restano insieme nel giudizio a contrastare la domanda del terzo molestante, sono, a certi effetti, paragonabili a due litisconsorti, i cui atti possono concepirsi separati e distinti: cosicchè, se al garante è parso opportuno di riconoscer la fondatezza della pretesa avversaria, non può con ciò avere obbligato il garantito, il quale potrà considerare miglior partito il continuar la lite, e riuscire, se è possibile, vincitore nella causa di molestia piuttosto che ridursi ad aver soltanto un diritto di regresso contro il garante. Si intende che la confessione del garante nuocerebbe anche al garantito, quando questi fosse uscito di causa lasciando tutta la difesa affidata al garante (32).

Si è discusso anche se il giuramento decisorio prestato dal garante abbia forza anche contro il garantito ch'è in causa insieme a lui. Il Fischer (33) ritiene che la prestazione di tal giuramento per parte del garante non possa mai riuscire operativa contro il garantito, neppure se questi è uscito di causa.

---

(30) « Chi è chiamato in causa può far valere tutti i mezzi di prova; e deferire all'attore principale il giuramento decisorio ». Cass. Torino, 17 giugno 1911, già citata.

(31) V. in questo senso, Legge di Lucerna, § 86.

(32) Sulla confessione di fronte al litisconsorzio, v. Lessona, *Prove*, I, n. 219; di fronte all'intervento, v. Sabbatini, op. cit., nn. 48 e 67.

(33) Op. cit., § 31. Contro Horak, nella citata recensione. Anche il Chiovenda (*Principii*, 3ª ediz., pag. 598) insegna che il sostituente non può validamente prestar giuramento per ciò che riguarda il diritto del sostituito.

205. — Si può chiedere ora per qual giuridico fondamento il terzo molestante, il quale ha iniziato un giudizio contro il garantito, domandando l'attuazione di una norma di legge in confronto a lui od opponendosi a una attuazione di legge da lui domandata, dev'esser costretto ad accettare come nuovo contradditore il garante che interviene a difesa del garantito, e a consentirgli tutte quelle facoltà processuali che abbiamo visto competergli, senza potere in certi casi (quando il garante, come tra poco vedremo, assuma la lite) impedire ch'egli subentri nel posto del garantito a sostenere invece di lui il contraddittorio. Qualora, infatti, come accade nel caso di intervento adesivo semplice, il garante fosse, di fronte al terzo molestante, un estraneo che accede al giudice solo in vista di un giuridico rapporto che intercede tra lui ed il garantito, è evidente che la parte molestante potrebbe rifiutare il contraddittorio di questo terzo estraneo, qualora questi volesse spiegare un'attività processuale distinta da quella del garantito. Ma, al contrario, bisogna pensare che di fronte al terzo molestante, il garante non è un estraneo; e che anzi la ragione per la quale il terzo molestante si trova in rapporto processuale col garantito, si deve ricercare in un precedente rapporto giuridico passato tra il garante ed il terzo molestante stesso. Ora siccome la pronuncia, alla quale il rapporto processuale tra garantito e terzo molestante mira, deve necessariamente fondarsi sul precedente rapporto tra terzo molestante e garante, così non può il terzo molestante rifiutarsi di accettare il contraddittorio col garante, che, allargando i confini del dibattito al rapporto precedentemente passato tra loro due, mette in discussione quello ch'è un necessario presupposto del diritto che il terzo molestante fa valere in giudizio.

Abbiamo detto che il terzo molestante può assumere nella causa di molestia tanto la veste di attore quanto quella di convenuto; ma nell'un caso e nell'altro egli, o per via d'azione o per via d'eccezione, invocherà a fondamento del suo diritto un fatto attribuibile al garante. Si faccia il seguente caso di garantia semplice, in cui il terzo molestante fa la parte di attore: *A*, creditore principale, promuove giudizio contro *B*, fidejussore, per il pagamento del debito; e, a fondamento del suo buon diritto, adduce che, essendo *B* mallevadore per il debitore principale *C*, *e non avendo questo debitore C pagato il suo debito*, *B* è tenuto a pagare per lui. Ancora, per avere un caso in cui il terzo molestante figura in veste di convenuto, si ponga che *B*, cessionario di un credito che *C* ha verso *A*, si rivolga in giudizio contro *A*, debitore ceduto, per il pagamento del credito stesso: *A* eccepisce che non è tenuto a pagare, perchè già, prima della cessione, *egli pagò il debito a C* cedente. Anche qui come nel caso precedente il terzo molestante (che in questa ipotesi è convenuto e la cui molestia si concreta nella resistenza alla domanda di *B*) adduce,

a fondamento del suo buon diritto, un fatto appartenente al garante *C*.

Dai due esempî surriferiti appare che, ove il fatto attribuito dalla parte molestante al garante non fosse vero, cadrebbe anche il diritto di questa parte molestante contro il garantito; ed appare anche che il terzo molestante non si può rifiutare di accettare il contraddittorio col garante, quand'egli venga in giudizio allo scopo di dimostrare inesistente quel fatto, senza il quale nel terzo molestante non esiste diritto contro il garantito.

206. — Questo è il fondamento del diritto che il garante ha, di fronte al terzo molestante, di portar difese in favore del garantito; e tal fondamento praticamente si può rintracciare in tutti i casi di vera e propria garantia, derivante da una trasmissione di diritto o da un vincolo di coobbligazione. Esso non si ritrova invece in quei casi, già precedentemente esaminati, che si comprendono sotto il nome di garantia *impropria* (dietro, nn. 7 e 98). In questi, non si verifica nessun precedente rapporto del terzo molestante col garante, il quale è in rapporto soltanto col garantito; e il terzo molestante, quando fa valere il suo diritto contro il garantito, pone a fondamento della sua pretesa soltanto un fatto del garantito stesso, senza invocare il fatto del garante, che, di fronte a lui, non esiste.

Si ponga, ad esempio, il caso in cui *A* chiede a *B* il risarcimento dei danni derivati da un suo fatto colposo: qui il fondamento della azione di *A* è evidentemente il fatto di *B;* e se *B* chiamasse in causa *C*, ritenendolo responsabile del danno, non potrebbe *C* portare contro *A* ragioni desunte dal proprio diritto e dal fatto proprio, perchè, nessun rapporto esistendo tra *A* e *C* in relazione al risarcimento in questione, *A* può e deve ignorare i rapporti vertenti tra *B* e *C* e il diritto di rivalsa che eventualmente possa competere a *B* contro *C*. *A*, concludendo, avrà il diritto di accettare da *B* soltanto la difesa colla quale *B* miri a dimostrare inesistente la propria colpa, non già la difesa che miri a mettere dinanzi ad *A* il vero responsabile della colpa stessa, il quale è di fronte ad *A* un terzo estraneo.

207. — Se c'è nel diritto processuale una parola che venga usata ad esprimere le più diverse gradazioni di concetto, è la parola *parte;* e la necessità di precisare e distinguere i significati di questa parola si manifesta, quando si vuol studiare compiutamente la natura dei rapporti processuali ai quali dà luogo la chiamata in garantia. La più esatta definizione della parola parte, è, a parer mio, quella data dal Chiovenda, secondo il quale è parte « colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge e colui

di fronte al quale essa è domandata » (34). Accettando tale definizione, se il processo resultante dall'unione della causa di molestia colla causa di garantia si considera come un processo unico, è evidente che di esso dovranno considerarsi parti ugualmente il terzo molestante, il garantito ed il garante, poichè tutt'e tre o domandano a proprio favore una attuazione di legge o son chiamati per sentir pronunciare contro di loro tale attuazione. Senonchè, qualora, come abbiamo fatto, si distinguano nel processo apparentemente unico i due processi abbinati, vedremo che non tutt'e tre le persone, materialmente presenti nel processo, sono ugualmente parti nei diversi rapporti processuali che s'intrecciano nello stesso giudizio. Se consideriamo la questione di garantia, vediamo che in essa è parte il garantito, che domanda l'attuazione del suo diritto alla difesa, ed è parte il garante, contro cui tale attuazione è domandata; ma non è parte il terzo molestante, che nulla domanda in tale questione e contro il quale nulla è domandato, a meno che egli intervenga ad adiuvare il garantito o a lui subentri, del che altrove si è visto la possibilità (dietro, n. 195).

Nella questione di molestia è parte il terzo molestante che domanda un'attuazione di legge, è parte il garantito contro cui è domandata tale attuazione, e può esser parte anche il garante, quando, acconsentendo a prestar la difesa, si oppone alla domanda del terzo molestante o contro di lui propone domande nuove. Ma il chiamato in garantia che comparendo nega semplicemente di esser tenuto a prestar la difesa e si limita, nella accusa di molestia, a serbar la veste di interveniente coatto senza partecipare al dibattito, si può considerar parte nella causa di molestia? Secondo il Chiovenda, il semplice fatto dell'intervento, volontario o coatto, non dà la qualità di parte (35), la quale si acquista solo col partecipare attivamente al dibattito; accettando tale opinione, si deve ritenere che il garante, che interviene come spettatore inattivo nella causa di molestia, non vi è parte; e vedremo infatti tra poco che la sua semplice presenza in veste d'interveniente coatto non basta ad attribuirgli quella qualità sostanziale di *parte* in causa, alla quale va congiunta la incapacità di render in tale causa testimonianza; vedremo peraltro che, agli effetti della impugnativa della sentenza, bisogna ritenere che il garante semplicemente intervenuto senza partecipare attivamente alla questione di molestia, dev'essere considerato parte, capace, quando con-

---

(34) *Principii* (3ª ediz.), pag. 579; Id., *La condanna nelle spese giudiziali*, n. 195 e segg. V. anche Redenti, op. cit., nota 72.

(35) *Principii* (3ª ediz.), pag. 603. Ma è un punto controverso: per es. il Lessona (*Manuale*, pag. 255) dice che « l'intervenuto (coattivamente) assume nel giudizio la qualità di parte, presente o contumace ».

corra l'interesse, di interporre appello o di ricorrere in cassazione su detta questione. Anche qui il significato della parola *parte* ha due gradazioni diverse: e se l'interveniente coatto non si può considerare, per il fatto solo dell'intervento, parte nella causa di molestia in quel senso preciso ed intrinseco definito dal CHIOVENDA, dev'esser considerato parte in un senso puramente formale ed estrinseco, ma tuttavia sufficiente a dar qualità per interporre appello (36).

208. — L'opportunità di distinguere questi diversi significati che si possono dare alla parola *parte*, si manifesta in pratica nella questione seguente: può il garante essere udito come testimone nella causa originaria vertente tra garantito e terzo molestante?

Bisogna premettere che uno dei requisiti che deve avere il testimone per essere idoneo alla prova è la *estraneità* al giudizio; quindi la legge romana, secondo la quale « *nullus idoneus testis in re sua intellegitur* » (37), consacra una vera incompatibilità giudiziaria fra la qualità di *parte* e l'ufficio di testimone (38), la quale, se pur dal nostro legislatore non è stata espressamente dichiarata, resulta però implicitamente dall'esclusione che l'art. 236 Cod. proc. civ. fa dei parenti ed affini di una parte dal novero dei testi idonei.

Premesso ciò, si può affermare che il garante non potrà essere udito come testimone nella causa di molestia, tutte le volte che egli rivestirà in questa causa la qualità di *parte*.

La relazione processuale tra la causa di molestia e la causa di garantia può essere, come resulta dalle cose già dette, di *separazione* o di *unione*. Quando le due cause si svolgono *separatamente* (o perchè il garantito si riserva di muovere l'azione di garantia in via principale, o perchè essa, pur essendo stata mossa in via incidentale, è stata poi separata dalla causa principale per gli artt. 197 o 199 Cod. proc. civ.), il garante non è evidentemente parte nella questione di molestia, nè basta a renderlo inidoneo alla testimonianza una eventuale

---

(36) Sulle divergenze che regnano in proposito, si veda in senso opposto MORTARA, *Nota*, in *Temi ven.*, 1855, 284, e CUZZERI, *Garantia e testimonianza*, *Annuario*, 1884, 606. Per il primo, per solo effetto della riunione delle cause, il garante è posto in qualità di nuovo contraddittore dinanzi alla parte contraria del garantito, e diventa senz'altro parte; per il secondo, invece, l'unione delle cause fa divenire il garante parte nella questione di molestia soltanto formalmente, mentre diventerà parte in senso specifico quando entrerà attivamente in tale dibattito. Sullo stesso argomento, App. Milano, 12 luglio 1898 (*Mon. trib.*, 1898, 693): « Se in via materiale ed assoluta è a ritenersi parte ciascuno dei contendenti, in via relativa è a ritenersi parte solamente quella che con altro contendente ha iniziato contestazione con specifiche conclusioni ».

(37) Fr. 10, D. *de test.*, XXII, 5.

(38) LESSONA, *Prove*, IV, n. 14.

responsabilità che possa incombergli dall'esito della causa di molestia (39).

Il dubbio nasce invece nel caso in cui le due questioni si svolgono congiuntamente nello stesso giudizio: si ritiene in prevalenza che, essendo il garante, come intervenuto, *parte* nella questione di molestia, egli, qualunque atteggiamento assuma, è inidoneo a prestar testimonianza, e la sua dichiarazione non può essere altrimenti provocata che col mezzo dell'interrogatorio (40). Senonchè sorge qui la occasione di distinguere i due diversi significati che può avere la parola *parte* e di domandare se, per essere inidonei a testimoniare in una causa, basti esservi parte nel senso puramente formale e generico, od occorra invece esservi parte in quel senso specifico che resulta dalla definizione del CHIOVENDA. Ora io credo che la incompatibilità tra la veste di testimone e la veste di parte in causa, si verifichi soltanto per chi è parte in causa in quel senso specifico: cosicchè, secondo la mia opinione, in tanto il chiamato in garantia sarà incapace a testimoniare nella causa di molestia, congiuntamente alla quale si svolge la questione di garantia, in quanto egli abbia effettivamente interloquito, con attivi mezzi di offesa e di difesa, nel contraddittorio vertente tra garantito e terzo molestante, in quanto, cioè, sia stato in tale contraddittorio soggetto attivo o passivo della domanda. Se, per esempio, vertendo una lite tra *A* e *B*, nella quale *C* è chiamato in garantia, nelle conclusioni presentate all'udienza da *A* e *B* vien chiesta una prova testimoniale, mentre C conclude semplicemente negando ogni suo obbligo di garantia, non vedo per qual ragione si dovrebbe escludere *a priori* dal testimoniare in quella prova, chiesta da uno dei contendenti principali, il terzo *C* che afferma nelle sue conclusioni di essere estraneo ad ogni controversia delle altre due parti in causa (41). Ciò, del resto, appare teoricamente riconosciuto anche dalla già citata sentenza della Cassazione di Firenze, la quale dice che

---

(39) LESSONA, *Prove*, IV, n. 23; MATTIROLO, op. cit., II, n. 621; MORTARA, *Comm.*, III, n. 542; App. Genova, 18 giugno 1909, *Temi gen.*, 1909, 366. Nel diritto comune si riteneva che il venditore, per il solo fatto di essere eventualmente obbligato a prestar l'evizione, non poteva testimoniare nella causa vertente tra il compratore e il terzo rivendicante. V. BURGUNDIO, *De evictionibus* cit., cap. LXXXIII (pag. 175); in tale senso v. App. Casale, 31 gennaio 1880, *Legge*, 1880, I, 485; Id., 1° febbraio 1882, *Mon. trib.*, 1882, 674.

(40) LESSONA, loc. cit.; MATTIROLO, loc. cit.; MORTARA, loc. cit., e *Nota* citata a principio di capitolo, pag. 285; App. Venezia, 6 dicembre 1883, *Temi ven.*, 1884, 28; Cass. Firenze, 16 aprile 1885, *Temi ven.*, 1885, 284.

(41) Se il fatto della semplice chiamata in garantia rendesse necessariamente inidoneo il chiamato a prestar testimonianza nella causa principale, sarebbe facile in ogni causa levar di mezzo qualche testimone importante col chiamarlo in garantia sotto qualunque fraudolento pretesto.

« la duplice soluzione della tesi astratta, poggia, secondo la diversità dei casi occorrenti, sul grado di connessione della chiamata in garantia con l'azione principale e *sulla confusione assoluta o relativa dei due interessi* del garante e delle parti principali » (42).

Si capisce che contro il chiamato in garantia potranno sempre, in tali casi di unione delle due cause, essere sollevati motivi di sospetto delle altre parti (art. 237 Cod. proc. civ.) (43).

§ 2. — *Regole speciali della garantia formale.*

209. — Mentre, nei casi di garantia semplice, la controversia tra terzo molestante e garantito verte intorno a un obbligo personale del garantito stesso che sempre figura come convenuto, nei casi di garantia formale la controversia tra garantito e terzo molestante verte sulla spettanza di un diritto. Il garantito sostiene che il diritto controverso spetta a lui, perchè gli è stato trasmesso dal suo autore, garante; il terzo molestante, senza mettere in contestazione la esistenza della trasmissione, nega che l'autore avesse facoltà di disporre e di trasmettere tal diritto. Cosicchè il *punctum saliens* della disputa è questo: appurare se nell'autore esisteva o no il diritto ch'egli ha trasmesso al garantito, e se, quindi, egli poteva o no disporne come ne ha disposto. Il garantito, adunque, non deve provare alla parte avversaria l'esistenza della trasmissione — punto sul quale egli sarebbe più di ogni altro interessato —, ma l'esistenza del diritto nel suo autore — punto sul quale nessuno meglio dell'autore in persona potrebbe interloquire. Palese appare da questa situazione la opportunità di chiamare in causa l'autore, a dimostrare che esisteva in lui legittimamente il diritto trasmesso al garantito. Se l'autore chiamato in causa non impugna il fatto di aver trasmesso al garantito il diritto controverso,

---

(42) V. estesa ed esauriente motivazione della già citata sentenza App. Milano, 12 luglio 1898, *Mon. trib.*, 1898, 693. L'opinione da me sostenuta è all'incirca quella che sostengono il Cuzzeri nel citato scritto; il Caberlotto, op. cit., n. 90; il Momigliano, op. cit., n. 37.

Nella giurisprudenza francese si citano in questo senso decisioni della Corte di Liegi, 14 febbraio 1844 (Dalloz, *Rép.*, v. « *Enquête* », 521) e della Cass., 16 giugno 1874 (Dalloz, 1875, 1, 777) e 30 dicembre 1874 (Sirey, 1875, I, 225). Ma il Mortara, nella già citata *Nota*, avverte che nei casi decisi da tali sentenze si trattava di testimonianza su fatti del tutto estranei alla obbligazione di garantia o di controversie distinte.

(43) Le leggi processuali svizzere pongono e risolvono il caso in questo senso, stabilendo che il fatto che a un terzo è denunziata la lite non toglie a questo terzo senz'altro la capacità a testimoniare in questa lite, la quale sarà esclusa solo se il giudice creda che la denunzia di lite è fondata. V. Legge di Lucerna, § 88.

egli può senz'altro difendere come propria la causa del garantito, poichè, come efficacemente dice il MORTARA (44), « purgando sè dalla accusa di avere illegalmente alienato cosa che non gli appartenesse, purga il compratore da quella di averla male acquistata e lo libera dalla minaccia della evizione: l'interesse dei due è uno, ed è principalmente interesse del garante, sul quale in definitivo ricadrebbero tutti i danni della soccombenza »; in tal caso, poichè la disputa non verte sull'esistenza della trasmissione nella quale il garantito è il principale interessato, ma sulla esistenza di un diritto che dev'essere dimostrato dal garante, è evidente che il garantito potrà uscir di causa senza menomamente danneggiare i diritti del terzo molestante, al quale non interessa che le stesse ragioni a dimostrazione dello stesso assunto siano sostenute da una persona piuttosto che da un'altra (45).

La chiamata in causa derivante da garantia formale si avvicina assai più della chiamata per garantia semplice a quell'istituto esistente in altre legislazioni che abbiamo ricordato sotto il nome di *designazione di autore* (dietro, n. 80). Per tale istituto il possessore di una cosa in nome altrui (per esempio un colono o altro detentore di un fondo a titolo precario) quando venga chiamato in un giudizio per istituire una controversia sulla proprietà della cosa, che a lui non interessa affatto, ha il modo di far venire in causa il vero proprietario e di uscire così dal processo. « Il caso del compratore — dice il PESCATORE (46) — diversifica, è vero, in questo, ch'ei tiene la cosa in nome proprio e fu chiamato in giudizio dal rivendicante quale possessore civile del fondo e conseguentemente qual contraddittore legittimo all'azione vindicatoria. Eppure il caso del compratore si identifica, se ben si riflette, con quello del detentore, quando è promossa l'azione vindicatoria. Infatti il compratore non altrimenti assunse il possesso civile, salvo in quanto esso fosse pacifico e libero: in caso di molestia egli volle esser difeso dal venditore, e questi ne assunse l'impegno: dunque avvenendo la molestia, il compratore ha diritto di riconsegnare civilmente il possesso contrastato al difensore che lo riassume per difenderlo, e si presenta realmente *qual possessore* contro il suo avversario finchè dura il combattimento » (47).

210. — In omaggio ai suesposti principî, l'art. 198 del nostro Cod. di proc. civ. dispone nella sua prima parte:

---

(44) *Comm.*, III, n. 450.

(45) Il JOCCOTON (*Des excep.*, pag. 392), dice con frase paradossale, ma espressiva: « *Ici il n'y a qu'un seul defendeur, qui est l'immeuble revendiqué* ».

(46) Op. cit., pag. 228.

(47) V. anche GARGIULO, op. cit., art. 198, II; BONCENNE, op. cit., III, 376.

« *Nei casi di garantia per azioni reali, il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori causa* » (48).

In questo articolo, la cui efficacia si estende non ai soli casi di *garantia per azioni reali*, sibbene, come altrove ho voluto dimostrare (dietro, n. 5), a tutti i casi di *garantia formale derivante da una trasmissione di diritti*, sono regolati i due effetti più caratteristici della chiamata in garantia:

1) l'assunzione della causa da parte del garante;
2) la messa fuori di causa del garantito.

211. — *a*) Assunzione della causa da parte del garante.

L'assunzione della lite, quello che i francesi dicono « *prendre le fait et cause* », consiste in una sostituzione del garante al garantito nel rapporto processuale di molestia, per la quale il garante trovasi legittimato a far valere contro il terzo molestante non solo il diritto proprio, ma anche in nome proprio il diritto del garantito. La posizione che il garante assuntore della lite prende nel giudizio viene generalmente considerata come un fenomeno di *rappresentanza* (49); la più moderna scienza processuale la ritiene giustamente un fenomeno di *sostituzione*, poichè, mentre il rappresentante fa valere un diritto altrui in nome altrui, è caratteristico del sostituto il far valere un diritto altrui in nome proprio (50).

È carattere comune di ogni sostituto quello di far valere in giudizio un diritto altrui; ma il garante assuntor della lite, oltrechè far valere di fronte al terzo molestante il diritto del garantito, fa valere in parte anche il diritto *proprio* (dietro, n. 197): cosicchè il garante non si sostituisce al garantito soltanto in vista di un rapporto giuridico in cui si trova di fronte a lui, ma anche in vista di un

---

(48) Cod. Sardo, art. 260; Cod. Parmense, art. 227; Cod. Estense, art. 495; Cod. Napoletano, art. 276; Reg. Toscano, art. 248; *Motu-proprio* Piano, artt. 598-601; Reg. Gregoriano, § 864; Reg. Lombardo-Veneto, § 50 (per la denunzia di lite); Cod. Francese, art. 182 (Ordinanza del 1667, tit. VIII, art. 9); Cod. Monegasco, artt. 269-270; Cod. di Vaud, artt. 146-147; Cod. del Vallese, art. 54; Cod. Portoghese, art. 322, § 3; Cod. Cileno, art. 744.

(49) Pescatore, loc. cit., pag. 228; Boncenne, op. cit., III, 376; Garsonnet, op. cit., § 950. Il concetto di rappresentanza si trova chiaramente affermato dall'App. Napoli, 15 dicembre 1890, *Legge*, 1891, 2, 422, dalla Cass. Firenze, 21 gennaio 1895 (*Annali*, 1895, 1, 44), e dalla Cass. Francese, 9 marzo 1903 (*Journal du Palais*, 1904, 1, 340). V. anche App. Napoli, 15 dicembre 1890, *Legge*, 1890, 2, 422. L'art. 11 della Legge provv. fed. Svizzera disponeva invece: « *Assumendo il denunziato la lite, non diventa parte, nè litisconsorte del denunziante, ma soltanto sostituto di lui* ».

(50) Chiovenda, *Principii* (3ª ediz.), pag. 596 e segg.

rapporto giuridico in cui si trova di fronte al terzo molestante. La sostituzione opera una successione nel rapporto processuale; ora se, in virtù dell'assunzione di lite, si verifica una successione del garante nel posto del garantito per quel che riguarda il diritto del garantito di fronte al terzo molestante, nessuna successione si verifica per quel che riguarda il diritto del garante di fronte al terzo molestante stesso, tra i quali intorno a questo diritto nessun rapporto processuale esisteva prima d'ora. Se, adunque, la sostituzione del garante al garantito non potrà annullare tutte le situazioni giuridiche verificatesi e tutte le preclusioni compiute prima dell'assunzione della lite tra garantito e terzo molestante (51) in relazione al diritto del garantito, nessuna situazione potrà dirsi verificata e nessuna preclusione compiuta per ciò che riguarda il diritto proprio del garante, il quale coll'assumer la lite, inizia col terzo molestante intorno al proprio diritto un rapporto processuale distinto da quello tra terzo molestante e garantito, nel quale egli viene contemporaneamente a sostituirsi.

212. — L'art. 198 Cod. proc. civ. espressamente dispone che l'assunzione di lite può aver luogo soltanto nei casi di garantia « per azioni reali »; e d'altra parte, l'art. 183 Cod. proc. civ. francese stabilisce che « *en garantie simple, le garant pourra seulement intervenir, sans prendre le fait et cause du garanti* » (v. anche Ordinanza 1667, tit. VIII, art. 12). La ragione che si porta per giustificare tale limitazione è quella già detta: che nei casi di garantia semplice, il garantito è sempre convenuto in giudizio come personalmente obbligato, e che quindi non potrebbe, senza ingiuria del terzo molestante, farsi sostituire dal garante. Tale ragione, in verità, mentre può essere efficacemente addotta per dimostrare che, nei casi di garantia semplice, il garantito non può essere messo fuori di causa, non conduce ugualmente alla necessità di escludere che, nei casi di garantia semplice, possa avvenire l'assunzione di lite. Abbiamo già visto (dietro, n. 205) come il fondamento del diritto che il garante ha di difendere il garantito, possa considerarsi con criterio identico, tanto per la garantia formale quanto per la garantia semplice; e, se si riconosce al garante semplice la facoltà di intervenire nella causa di molestia per introdurvi mezzi di difesa dedotti dal suo proprio diritto, non sappiamo vedere per qual ragione gli si debba negare la facoltà di sostituirsi

---

(51) Il rapporto processuale già iniziato tra terzo molestante e garantito non è interrotto nè modificato dalla sostituzione del garante; sicchè, per quel che riguarda il diritto del garantito, la prova offerta dal garantito prima dell'assunzione non può scindersi dalla prova offerta dal garante dopo l'assunzione. Cass. Firenze, 21 gennaio 1895, citata.

al garantito nel rapporto processuale col terzo molestante, i cui diritti sono sufficientemente tutelati dalla permanenza in causa del garantito.

Se dunque, per espressa volontà di legge, non può avvenire, nei casi di garantia semplice, una assunzione formale ed esplicita della lite, potrà sempre il garante semplice addossarsi in sostanza tutto il peso del processo, mentre il garantito si rimetterà totalmente alla sua difesa « rimanendo tranquillo spettatore all'ombra della garantia dovutagli » (52); sicchè la differenza fondamentale che distingue la garantia semplice dalla garantia formale non consiste nell'assunzione della lite da parte del garante, sibbene nella messa fuori di causa del garantito che, permessa nella garantia formale, non è permessa nella garantia semplice (53).

213. — Il chiamato in garantia che compare nella lite vertente tra garantito e terzo molestante e riconosce di esser tenuto alla garantia, ha il *dovere* o semplicemente la *facoltà* di assumer la lite?

Dalla espressione del citato art. 193 Cod. proc. civ. « il garante *può* assumere la causa del convenuto », si rileva facilmente che l'assunzione della lite è lasciata all'arbitrio del garante, il quale, anche se non impugna il suo obbligo di garantire, avrà diritto di restarsene semplice spettatore della controversia vertente tra garantito e terzo molestante, senza poter esser costretto a sostenere il carico della difesa processuale (54). Nè il terzo molestante, nè il garantito possono costringere il garante ad assumere la difesa: non il terzo molestante, perchè

---

(52) Pescatore, op. cit., I, 227.

(53) Pescatore, op. cit., pag. 228: « Questo (messa fuori di causa del garantito) è il solo punto in cui differiscano la garantia semplice e la garantia formale: e qualunque definizione che possa lasciar supporre altre differenze, sarebbe, a nostro avviso, una definizione viziosa ». V. App. Brescia, 28 giugno 1870, *Mon. trib.*, 1870, 910; Cass. Napoli, 26 novembre 1879, *Gazz. proc.*, XIV, 603; App. Torino, 18 aprile 1891, *Giur. tor.*, 1891, 432; Bortard, Colmet Daage et Glasson, *Leçons de procédure* (15ª ediz.), I, n. 394; Cass. Francese, 24 maggio 1898, *Journal du Palais*, 1898, 1, 416.

Per altri Codici la differenza processuale tra garantia formale e garantia semplice è questa: che il garante formale è *obbligato* ad assumer la difesa del garantito, mentre il garante semplice è soltanto ammesso ad assumerla se lo voglia. V. Cod. Parmense, art. 228; Cod. Sardo, art. 260: « ... chi dà la garantia semplice ha facoltà d'intervenire in causa e di *assumere o non la difesa* del convenuto principale ». Il disegno di revisione del Codice del Belgio ammette la messa fuori di causa del garantito anche nei casi di garantia semplice. Avanti, n. 216.

(54) Cuzzeri, op. cit., art. 198, nota 2; Mattirolo, op. cit., III, n. 802; Ricci, op. cit., I, 448; Gargiulo, op. cit., art. 198, III; Borsari, op. cit., 198, 1. V. anche *Relazione* Pisanelli. Contro: Momigliano, op. cit., pag. 881.

esso « ha rivolto la sua istanza contro il convenuto; ed ove fosse stata sua intenzione attaccare direttamente il garante, avrebbe dovuto citarlo direttamente. Non lo può il convenuto, perchè egli, proponendo colla chiamata in garantia una questione, non può considerare come risoluto ciò che tuttora forma oggetto di controversia » (55), nè ha modo d'altra parte, anche se il garante riconosce di dover la garantia, di costringerlo a prestare una difesa attiva, dovendosi invece contentare di ottener da lui la corrispondente indennità pecunaria. Si deve del resto tener presente che se, nel nostro diritto, il garante è *obbligato* a prestar la difesa al garantito, ciò non implica che il garante sia anche obbligato ad assumere la lite, potendo egli, anche senza tale assunzione, fornire in diverso modo efficaci mezzi difensivi.

Anche l'art. 182 Cod. proc. civ. francese — contrariamente ad altri Codici, secondo i quali l'assunzione della lite è un vero e proprio obbligo del garante formale intervenuto in causa (56) — fa comprendere che l'assunzione della lite è una facoltà del garantito: « le garant *pourra* toujours prendre le fait et cause du garanti »; ciò non ostante qualche autore francese (57) ha pensato che quella *facoltà*, che dalla espressione della legge (« *può* », « *pourra* ») è evidentemente attribuita al garante, deve considerarsi soltanto efficace di fronte al terzo molestante: il legislatore, cioè, avrebbe voluto dire che il garante può sempre, nonostante che il terzo molestante vi si opponga, assumere la lite, e non che il garante possa a suo arbitrio rifiutarsi di assumerla nonostante che il garantito voglia obbligarvelo; ma, contro tale interpretazione sta la dottrina più recente (58).

Il garante ha dunque intera facoltà di assumere o di non assumere la lite; egli, quando interviene nella lite di molestia, può negare il suo obbligo di garantia, ma, se lo riconosce, può a suo arbitrio rimanersene tranquillo spettatore della disputa tra garantito e terzo molestante, o associarsi al garantito come litisconsorte suggerendogli mezzi di difesa senza assumer la lite, o, finalmente, prender su di sè

---

(55) Ricci, op. cit., I, 448; Id., *Giudizi pendenti in rapporto di terzi*, n. 44.

(56) Cod. Parmense, art. 227, secondo il quale « il chiamato in garantia formale *deve sempre* assumere intieramente la causa del reo principale, qualora questi ne faccia la domanda... »; Cod. Estense, art. 495; Cod. Sardo, art. 260 (anche più esplicitamente l'art. 264 del Codice 1854). L'assunzione della lite è invece considerata una facoltà nel Reg. Lombardo-Veneto, § 50, nel Reg. Toscano, art. 248, nel *Motu-proprio* Piano, art. 598; e, tra i Codici stranieri, nel Cod. Vaud, art. 149; Cod. Vallese, art. 55, ecc.

(57) Carré, op. cit., quest. 775.

(58) Garsonnet, op. cit., § 950.

tutta quanta la lite (59). E ciò, nonostante qualunque contraria volontà del terzo molestante o del garantito (60).

La facoltà di assumere la lite del garantito dev'essere riconosciuta secondo noi non solo al garante chiamato in causa, ma anche al garante volontariamente intervenuto nella causa stessa, purchè, s'intende, lo stato della causa sia tale da permettere ancora la sostituzione del garante al garantito (61).

214. — L'assunzione della lite implica nel garante tacita rinuncia a impugnare il suo obbligo di garantia? Negativamente rispondono a tale questione molte leggi processuali della Svizzera tedesca, le quali stabiliscono che l'assumer la difesa non implica riconoscimento del diritto di garantia (62). Anche nel nostro diritto processuale riteniamo che non sia incompatibile coll'assunzione della lite la opposizione del garante alla domanda del garantito. Potrà il garante aver mezzi idonei a far respingere le pretese del terzo molestante, e nello stesso tempo mezzi idonei a far respingere la domanda di garantia: in questo caso non pare che gli si possa negare il diritto di assumere la lite del garantito per contrastar le domande del terzo molestante, e di opporsi contemporaneamente al garantito nella ipotesi che il terzo molestante riuscisse vincitore, considerando che uno dei vantaggi della nostra chiamata in garantia è appunto quello di permettere la contemporanea proposizione di mezzi contro il terzo molestante in tesi, e contro il garantito in ipotesi, o viceversa (dietro, n. 96). Si ponga, ad esempio, che *C*, dopo aver posseduto un immobile per più di trent'anni, lo doni a *B*, contro il quale poi *A* agisce in revindica; se *B* chiama *C* in garantia, questi potrà assumer la lite per opporre ad *A*

---

(59) La legge processuale di Lucerna, § 82, distingue minutamente le diverse posizioni che il denunziato può prendere nella lite del denunziante: egli può limitarsi a fornire al denunziante i mezzi di difesa, affinchè costui li faccia valere; può entrare in causa come litisconsorte del denunziante; può finalmente, col consenso del denunziante, assumere interamente la causa. V. anche leggi di Sciaffusa, § 126, e Friburgo, § 59.

(60) Chauveau in Carré, op. cit., quest. 775 *bis;* Boitard, op. cit., I, n. 489; Cuzzeri, op. cit., art. 198, 4.

(61) La Legge provvisoria federale Svizzera, all'art. 13, disponeva: « *Anche senza essere richiesto può chi prevede una chiamata in causa contro di sè offrire il suo appoggio alla parte rispettiva. Accolta che siane l'esibizione, chi l'ha fatta viene ad essere nella posizione stessa di denunziato* ».

(62) L'art. 14 della Legge provvisoria federale Svizzera disponeva: « L'associarsi alla lite, sia che ciò avvenga con previa intimazione o senza, *non equivale alla ricognizione dell'obbligo di indennizzazione* ». V. in questo senso, Legge d'Argovia, § 41; Lucerna, § 82; Zurigo, § 249; Berna, § 33; Sciaffusa, § 124; Grigioni, art. 44; S. Gallo, art. 71, capov. 2°.

l'eccezione di prescrizione, e nello stesso tempo opporre a *B* che egli, come donante, non è tenuto a garantia.

Riteniamo adunque che neppure l'assunzione dalla lite tolga al garante il diritto di negare l'obbligo di garantia, quando l'assunzione sia stata fatta con riserva di tale diritto: e ciò tanto nello stesso giudizio, se il garantito resta in causa, quanto, allorchè il garantito sia uscito di causa, nel giudizio separato che il garantito in caso di soccombenza promuoverà per far valere l'azione di regresso (63).

215. — Il nostro Codice non regola, come alcuni tra i Codici degli Stati italiani facevano (64), la forma della quale il garante deve servirsi per assumer la causa; ma è chiaro che, nel procedimento formale, il garante dichiarerà di assumer la lite mediante comparsa notificata al garantito e al terzo molestante — e senza bisogno di citazione a comparire dinanzi al presidente per la risoluzione dell'incidente (65) —, e, trattandosi di rito sommario o di causa innanzi al pretore o conciliatore, la dichiarazione verrà fatta in udienza (dinanzi al solo presidente nelle cause di Tribunale: art. 32 R. D. 31 agosto 1901).

La nostra legge nulla dice riguardo al tempo in cui l'assunzione della lite debba esser fatta; nel diritto francese, per l'art. 182 Cod. proc. civ., secondo il quale la messa fuori di causa del garantito, conseguenza dell'assunzione di lite, dev'esser chiesta « *avant le premier jugement* », si intende che anche l'assunzione debba esser eseguita preliminarmente: e così usa nella nostra pratica giudiziaria. Ma non mancano legislazioni che ammettono il garante ad assumer la lite in qualunque stato di causa (66).

216. — *b*) Messa fuori di causa del garantito.

Si è già a sufficienza spiegato che, mentre nei casi di garantia semplice il garantito è convenuto per ragion di un obbligo suo personale, in modo che ha una grande importanza nella lite la permanenza della sua *persona*, nei casi di garantia formale la persona del garantito non ha importanza se non in quanto esso pretende la spet-

---

(63) DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 464; FISCHER, op. cit., § 33.

(64) Cod. Estense, art. 495; *Motu-proprio* Piano, artt. 599-600 (con dichiarazione fatta dal garante in persona o da procuratore munito di mandato speciale, notificata al procuratore dell'attore e del convenuto); Reg. Gregoriano, § 866: « La lite si assume formalmente col mezzo di una dichiarazione che si farà in cancelleria dal terzo o dal suo procuratore *in virtù di speciale mandato* »; Reg. Toscano, art. 248. Nei Codici ove l'assunzione della lite è considerata un obbligo del garante, essa è provocata da una domanda del garantito. V. Cod. Parmense, art. 227.

(65) Il contrario insegna il PIOLA, *Chiamata in garantia*, pag. 16.

(66) Per es., Cod. del Vallese, art. 57; Cod. Portoghese, art. 322, § 6.

tanza di un diritto che è l'oggetto più importante della controversia, cosicchè quando la disputa sulla pertinenza di questo diritto viene formalmente assunta dal garante nel modo predetto, è evidente che il garantito può senza danno di alcuno uscire di causa affidando la difesa delle sue ragioni al garante che sta in giudizio per lui. La messa fuori di causa del garantito, che è l'effetto più singolare della chiamata in garantia, è permessa dalla nostra legge (art. 198 Cod. proc. civ. «... *questi* (il garantito) *può chiedere di essere messo fuori di causa* ») soltanto per la garantia formale; ma potrebbe talvolta essere opportuna anche in certi casi di garantia semplice, quando il terzo molestante non vi si opponesse; onde saggiamente nel disegno di revisione del Cod. proc. civ. per il Belgio si trova disposto che « *en matière personnelle, le garanti ne sera mis hors de cause que du consentement de toutes les parties* », ammettendosi così che anche in garantia semplice possa, col consenso delle parti, avvenire la messa fuori di causa del garantito.

Quando la chiamata in garantia conduce alla messa fuori di causa del garantito, essa viene ad avere lo stesso effetto alla quale mira sempre la designazione di autore. Colla uscita di causa del garantito, il rapporto processuale, divenuto complesso per la proposizione della chiamata in garantia, torna a semplificarsi in un processo unico vertente tra due sole parti intorno alla questione di molestia: la questione di garantia viene a cadere coll'uscita del garantito dal giudizio, e potrà eventualmente rinascere solo in separata sede, quando contro il garante, soccombente nella causa assunta, il garantito eserciterà l'azione di regresso. Si verifica così il fenomeno già accennato di un rapporto processuale con interessi molteplici, il quale, per la espulsione di una parte, si unifica in un solo contraddittorio (67).

I caratteri fondamentali della messa fuori di causa del garantito sono i seguenti:

1) essa è *una conseguenza* dell'assunzione della lite da parte del garante;

2) ma *non è una conseguenza necessaria.*

217. — 1) È una conseguenza dell'assunzione della lite da parte del garante: infatti, in tanto il garantito può chiedere di esser messo fuori di causa, in quanto il garante abbia preso interamente il suo posto. Se il terzo molestante può non esser danneggiato dal sostituirsi al posto del convenuto originario di un altro sostenitore delle stesse ragioni, risentirebbe invece un danno gravissimo qualora il convenuto

(67) Cuzzeri, op. cit., art. 197, 2, il quale insegna che se il garante assume la causa [e il garantito esce di causa] « la lite diventa unica ». V. anche Mortara, citata *Nota* in *Temi ven.*, 1885, 284.

originario potesse comodamente sottrarsi ai suoi obblighi di litigante, abbandonando il contraddittorio.

Se, adunque, il garante chiamato in causa non compare; o, comparendo, nega di dover la garantia; o, ammettendo di dover la garantia, non vuole tuttavia assumersi la lite, — in tutti questi casi il garantito dovrà restare in causa a difendersi, senza aver diritto di esser messo fuori da un giudizio ove egli è pur sempre il convenuto principale (o, più di rado, l'attore principale), anzi, finchè la sostituzione non sia avvenuta, l'unico convenuto di fronte alla controparte (68).

Con questo ho risolto negativamente la questione, dibattuta nella dottrina francese, se il garantito possa esser messo fuori di causa indipendentemente dall'assunzione della lite da parte del garante. Coloro secondo i quali il garantito ha diritto di farsi metter fuori di causa, lasciando che il terzo molestante faccia condannare il garante anche contumace (69), si basano sul già citato art. 1727 Cod. Napoleone (corrispondente all'art. 1582 del nostro Cod. civ.), per il quale, se il conduttore è citato in giudizio da un terzo molestante, può, qualora lo chieda, esser posto fuori di causa, anche solo indicando il locatore nel cui nome possiede. Ma questo articolo come altrove (dietro, n. 80) si è mostrato, contiene, più che un caso di chiamata in garantia, un vero e proprio caso di *nominatio auctoris*: qui la facoltà di esser dimesso dal giudizio col solo nominare il possessore mediato, è data dal fatto (che non si verifica nei casi di chiamata in garantia) che il conduttore citato in giudizio è un possessore *alieno nomine*.

Del resto, il fatto che il chiamato in garantia formale non intervenga, o, intervenendo, non voglia assumer la difesa, non solo non dà al garantito il diritto di esser messo fuori di causa, ma neppure quello di appagar le richieste del terzo molestante. È regola acquisita di diritto sostanziale che il garantito, per conservare l'azione di regresso contro il garante, deve seguir la causa in tutti i suoi termini e interporre o accettare appello (70).

---

(68) MATTIROLO, op. cit., III, n. 802.

(69) CARRÉ, op. cit., quest. 775, e autori da lui citati; GARSONNET, op. cit., § 955; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 477. Contro: CUZZERI, op. cit., art. 198, 3; CABERLOTTO, op. cit., n. 58. Il disegno di revisione per il Codice del Belgio adotta l'opinione prevalente nella dottrina francese, quando dispone: « En garantie réélle, le garanti sera mis hors de cause sur sa demande, si le garant prend *ou est tenu de prendre* fait et cause pour lui à moins que le demandeur originaire ne prouve avoir intérêt à le maintenir au procès ». Per il Cod. di Vaud, art. 148, il garantito deve restare in causa nel caso di assunzione parziale.

(70) Cod. proc. civ. Portoghese, art. 322, § 2, e leggi svizzere già citate (dietro, n. 68, nota *); App. Palermo, 12 marzo 1897, *Foro sic.*, 1897, 241; BOGGIO, op.

Nel garantito, adunque, il diritto di esser posto fuori di causa sorge *soltanto* quando il garante si sia valso della facoltà di assumer la lite; e la disposizione dell'art. 198, sebbene la sua lettera non lo dica espressamente, dev'essere nella interpretazione intesa in questo senso: « il garante può assumer la causa del convenuto, *nel qual caso* questi può chiedere di esser messo fuori di causa » (71).

218. — 2) La messa fuori di causa del garantito è una conseguenza dell'assunzione della lite da parte del garante, ma non ne è una conseguenza necessaria: in questo senso, che, mentre non può il garantito essere messo fuori di causa quando il garante non assume la lite, può benissimo egli restare in causa anche dopo avvenuta l'assunzione della lite da parte del garante.

L'assunzione della lite da parte del garante è un necessario presupposto della uscita di causa del garantito, a chieder la quale il garantito comincia ad aver diritto dal momento in cui è avvenuta l'assunzione: ma tale diritto sarà riconosciuto solo in quanto il garantito ne provochi l'attuazione con una sua domanda. Ciò appare evidente dalle corrispondenti disposizioni dell'art. 198 Cod. proc. civ. italiano e dell'art. 182 Cod. proc. civ. francese, secondo le quali il garantito può essere messo fuori di causa se egli lo vuol « *chiedere* », « *s'il le requiert* » (72).

219. — Se la messa fuori di causa del garantito in tanto avviene, in quanto egli ne faccia richiesta, potranno — quando il garante abbia assunta la lite — verificarsi due casi:

a) che il garantito chieda di esser messo fuori di causa;

b) che il garantito non lo chieda.

a) Se il garantito chiede di esser messo fuori di causa e ciò gli viene concesso, egli cessa del tutto di essere parte in causa e, rimet-

---

cit., n. 448 e segg.; e conformi gli scrittori di diritto comune. V. CABALLINI, op. cit., § III, n. 10.

(71) Così espressamente in altri Codici: per es. art. 249 Reg. Toscano. E da alcuni Codici stranieri vigenti è detto esplicitamente che, se il garante si rifiuta di assumer la lite, questa deve continuare contro il garantito; v. Cod. di Vaud, art. 149.

(72) MATTIROLO, op. cit., III, 803, nota 2. Non così per altri Codici. Per es., nel Reg. Gregoriano si vede dal § 868, secondo il quale, « *avvenuta l'assunzione della lite, l'attore principale procederà validamente contro il solo terzo* », che la messa fuori di causa del garantito si considerava senz'altro avvenuta colla assunzione della lite da parte del garante.

Per la nostra legge v. CABERLOTTO, op. cit., n. 58; Cass. Torino, 16 dicembre 1874. *Giur. tor.*, 1875, 87; Cass. Napoli, 4 ottobre 1893, *Legge*, 1894, I, 737.

tendosi compiutamente, per ciò che riguarda la trattazione della lite, al garante assuntor della lite, egli viene a esser liberato da ogni obbligo e insieme ad esser privo di ogni diritto processuale.

Il garantito, adunque, coll'uscire interamente di causa, affida i suoi interessi nella lite principale al garante; ma è evidente che egli, totalmente uscendo di causa, rinuncia a rivalersi nello stesso giudizio contro il garante per la indennità che da lui gli può esser dovuta in caso di soccombenza. Uscendo di causa, egli intende di aspettare passivamente l'esito della lite sostenuta dal garante, buono o cattivo che sia: e se il garante non riuscirà vincitore contro il terzo molestante, il garantito promuoverà per il risarcimento un nuovo giudizio contro il suo autore soccombente (73). Nè si può sostenere, come qualche autore fa (74), che il garantito, chiedendo di esser messo fuori dalla causa di molestia vertente tra garante e terzo molestante, non viene a chiedere di esser messo fuori dalla parallela causa di garantia vertente tra lui e il garante; già si è detto che la totale uscita di causa del garantito effettua definitivamente la unificazione delle due cause in un solo processo, e vedremo, d'altra parte, che uno speciale rimedio (*assistenza volontaria*: avanti, n. 222) è fornito al garantito, quando voglia contemporaneamente uscir dalla causa di molestia senza estinguere la questione di garantia.

b) Ma può darsi che il garantito non chieda di uscir di causa. In questo caso egli resta nè più nè meno che una parte in causa, alleata col garante assuntor della lite contro il comune avversario, che deve tanto al garante quanto al garantito notificare gli atti del procedimento. Così l'unico effetto della assunzione della lite fatta dal garante è quello di trasferir su di lui la difesa processuale, l'ufficio di primo antagonista nel contraddittorio giudiziario. Si inverte così la posizione che si avrebbe quando il garante, intervenendo in lite e riconoscendo di dover la garantia, volesse però restare inerte spettatore a fianco del garantito combattente (75); con questa differenza, peraltro, che il garantito restato in causa è parte, mentre il garante semplicemente intervenuto non si può per ciò solo considerare parte in senso proprio (dietro, n. 207).

---

(73) MATTIROLO, III, n. 804. Il MORTARA crede che la frase « esser messo fuori di causa » sia impropria, perchè il garantito, quantunque formalmente si allontani dal campo della lotta giudiziaria, vi resta però rappresentato dal garante; ma si è già visto che il concetto di rappresentanza non è esatto.

(74) V. GLASSON, *Précis*, I, n. 677: « ... le garanti n'a plus ni avocat ni avoué dans la cause principale, mais il continue à avoir avocat et avoué dans la cause en garantie ».

(75) In quanto all'onere delle spese, avanti, cap. X. V. JOCCOTON, op. cit., pag. 394 (n. 277); GARSONNET, op. cit., § 952: « Le garanti... n'a plus le premier rôle et la direction du procès lui echappe, mais il prend des conclusions sur tout

220. — Come per l'assunzione di lite, così per la messa fuori di causa il nostro Codice di procedura non determina precise regole di forma.

Il Cod. proc. civ. francese, stabilisce, nel già citato art. 182, che la richiesta del garante per essere messo fuori di causa dev'essere fatta « *avant le premier jugement* », poichè quando una prima sentenza, di qualunque natura sia (76), è stata pronunciata senza che il garantito abbia chiesto la sua messa fuori di causa, nessuna delle parti può più sottrarsi, se non con una sentenza definitiva, a un giudizio ormai impostato. Nulla di simile si trova nella nostra legge; ma dalla natura stessa della domanda per messa fuori di causa si può dedurre ch'essa dev'esser proposta preliminarmente, ciò che è confermato implicitamente dalla disposizione dell'art. 32 R. D. 31 agosto 1901 di cui tra poco farò cenno (77).

In quanto al modo di proporre tale domanda, regolato da altri Codici (78), nel rito formale essa dovrà essere proposta mediante comparsa notificata alle altri parti, contenente citazione a comparire dinanzi al presidente secondo il rito incidentale, perchè in questo caso (a differenza dell'assunzione di lite che si fa con semplice dichiarazione non suscettibile di opposizione) tale domanda può sollevare la opposizione del terzo molestante (79), e anche se non sorge opposizione, dev'essere accolta con ordinanza presidenziale.

---

ce qui le regard personnellement, défend à celles qui sont formulées directement contre lui, et doit recevoir, aussi bien que le garant, la signification des actes de la procédure ». V. questo e i seguenti casi chiaramente configurati dal BOITARD, op. cit., I, n. 489 e segg. La *Relazione* PISANELLI così chiaramente distingue i due casi: « Se il garante intervenendo nel giudizio dichiara di assumere la difesa della causa principale, spetta allora al convenuto il diritto di essere posto fuori di causa. Ove il convenuto abbia fatto valere questo suo diritto, egli resterà estraneo a tutti gli atti del processo e così alla discussione della causa; nel caso contrario, egli rimarrà in causa onde far valere unitamente al garante le sue difese contro la domanda dell'attore ».

(76) V. CHAUVEAU, che dice doversi trattare di una sentenza che abbia formato definitivamente il contratto giudiziario, non quindi di una semplice sentenza di rinvio (quest. 778 *bis* in CARRÉ, op. cit). L'art. 182 Cod. proc. civ. francese ha modificato una disposizione dell'art. 9, tit. VIII dell'Ordinanza, secondo la quale la messa fuori di causa doveva essere chiesta prima della litiscontestazione. V. CARRÉ, op. cit., CXL; BOITARD, op. cit., I, n. 492; GARSONNET, § 953. Analoghe disposizioni nei Codici a tipo francese: per es. art. 227 Cod. Parmense.

(77) « Nella garantia reale l'istanza per esser posto fuori di causa dev'essere, come pregiudiziale di procedura, proposta preliminarmente all'istruzione e discussione della causa principale ». App. Brescia, 28 giugno 1870, *Mon. trib.*, 1870, 910.

(78) Reg. Toscano, art. 249: « *istanza prodotta in cancelleria e notificata alle parti* ».

(79) V. avanti, n. 225, sulla seconda parte dell'art. 198; PIOLA, *Chiamata in garantia*, pag. 16.

Nel rito sommario, poi, stabilisce l'art. 32 R.D. 31 agosto 1901 che « *se le parti siano d'accordo sulla chiamata del garante, e dopo avvenuta questa, sulla messa fuori causa del garantito, il presidente provvede con ordinanza* ». La domanda per esser messo fuori di causa sarà dunque proposta dal garantito nella prima parte della udienza dinanzi al presidente, e ordinata se le parti saranno concordi: altrimenti nascerà sulla opposizione delle parti un incidente la cui decisione sarà rimessa al collegio.

Analogamente, dinanzi ai pretori e ai conciliatori, sulla domanda del garantito di esser messo fuori causa sarà deciso con ordinanza nella concordia delle parti, con sentenza nella loro discordia.

221. — Le situazioni processuali delle tre parti che possono verificarsi nella chiamata per garantia formale, non sono finite qui; l'articolo 198 capoverso configura infatti altre due diverse situazioni, quando stabilisce:

1) che « *quantunque messo fuori di causa il convenuto ha diritto di assistere al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti* »;

2) che « *l'attore può domandare che il medesimo vi resti per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardano* ».

Esaminiamo separatamente queste due diverse disposizioni.

222. — 1) Quando il garante ha assunto la causa di molestia, il garantito può a sua volta restare in causa come parte, o divenire del tutto estraneo alla causa stessa (dietro, n. 219). L'una e l'altra di queste vie ha i suoi vantaggi, ma anche i suoi rischi. Restando in causa il garantito potrà vigilare al buon andamento della causa, dare occorrendo un aiuto al garante, e, in fine, se il garante soccombe, ottenere nella stessa sentenza la condanna di lui a rivalerlo; ma, d'altra parte, egli, rimanendo parte di fronte al terzo molestante, viene ad esser gravato di quegli obblighi processuali di cui farò parola nel seguente capitolo. Uscendo di causa, poi, il garantito ha, sì, il vantaggio di diventare estraneo a tutti i carichi processuali della causa, ma ha lo svantaggio di non poter verificare se il garante sostenga validamente e onestamente le sue ragioni, e di non potere ottenere, se il garante soccombe, la condanna di lui al risarcimento nella stessa sentenza (80).

---

(80) *Relazione* PISANELLI: « Il convenuto (garantito) ha interesse di assistere al giudizio, quantunque non prenda una parte diretta alla discussione della causa principale. Può accadere che il garante, per negligenza o per collusione, non adempia debitamente al suo uffizio di difensore; quando il convenuto non avesse mantenuto un rappresentante nel giudizio, e fosse così diventato affatto estraneo

Posto ciò, non potrebbe il garantito prendere nella causa una posizione *intermedia* (81), che cumulasse i vantaggi del restare in causa e dell'esserne fuori, senza i rischi? Il capoverso dell'art. 198 gli offre tale possibilità, permettendogli, *quantunque messo fuori di causa,* di *assistere* al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti (82).

Il garantito *assistente* alla causa che si svolge tra garante e terzo molestante ha dunque una posizione diversa dal garantito *restato in causa;* il garantito *assistente* alla causa è un garantito *messo fuori di causa,* che, agli effetti che ora dirò, preferisce, anzichè allontanarsi dal campo giudiziario, assistervi quale spettatore, senza più esser parte attiva nella lotta. La posizione del garantito, che, sebbene sia stato messo fuori di causa, continua tuttavia ad assistervi, ha dato molto da pensare ai proceduristi e ad alcuni è sembrata l'assurda conciliazione dell'*esse* col *non esse* (83). La difficoltà di dare un giusto concetto di essa non pare, peraltro, molto grave, quando si tenga conto del preciso significato delle parole che adopera la legge.

Secondo quello che il Locré riferisce (84), la prima redazione dell'art. 182 Cod. proc. francese, stabiliva che il garantito, quantunque messo fuori di causa, « pourra *rester* en cause »; e in tale espressione

---

al procedimento, egli più difficilmente potrebbe conoscere il contegno tenutovi dal garante, e non potrebbe rientrarvi qual parte principale che nelle forme stabilite per l'*intervento* di un terzo nel giudizio vertente fra altri. Prestando invece la sua assistenza al proseguimento della causa, quantunque non vi sostenga un contraddittorio attivo sulla domanda principale, egli potrà per mezzo del suo rappresentante, allorchè crederà compromessi i suoi interessi, rientrare nella relativa discussione con una semplice dichiarazione notificata alle parti. Inoltre, se il convenuto diventasse assolutamente estraneo al giudizio, egli non potrebbe ottenere nel medesimo la condanna del garante al risarcimento dei danni, quando la domanda dell'attore venisse accolta dalla sentenza, ma dovrebbe al detto fine promuovere un altro giudizio; mentre, prestando a quello la sua assistenza, potrà contemporaneamente o successivamente alla decisione della causa principale, far valere in essa le sue ragioni contro il garante medesimo ».

(81) Pescatore, op. cit., I, pag. 229.

(82) Cod. proc. Francese, art. 182, capov.; Ordinanza, tit. VIII, art. 10; Cod. Parmense, art. 227; Cod. Sardo (1854), art. 264, con disposizione abolita nel Codice del 1859; Cod. Napoletano, art. 276. Il disegno di revisione per il Belgio non ammette questa assistenza volontaria del garantito.

(83) V. Carré, op. cit., quest. 776, coll'aggiunta dello Chauveau, e quest. 777; Joccoton, op. cit., n. 281 e segg.; Boncenne, op. cit., III, 378; Locré, *Esprit du Code de procédure,* I, 369 (citato dal Momigliano, op. cit., n. 30); Glasson, *Précis,* I, loc. cit.; Garsonnet, op. cit., § 954 e segg.; Mattirolo, op. cit., III, 803; Pescatore, op. cit., I, 229; Mortara, *Comm.,* III, pag. 522: e tutti i commentatori del nostro Codice all'art. 198.

(84) Chauveau, loc. cit.; Dalloz, *Rép.,* v. « *Exceptions* », n. 449.

fu giustamente rilevato il controsenso di un litigante che era contemporaneamente messo fuori della causa e vi restava. Ma poi il verbo *rester* fu cambiato, a imitazione dell'art. 10 del Tit. VIII dell'Ordinanza, nel verbo *assister,* che è passato anche nel nostro Codice e che elimina ogni dubbio di interpretazione.

Assistere è qualcosa di diverso dal *restare,* anzi è qualcosa di meno. Se ci è permesso per un momento di paragonare la controversia giudiziaria con una vera contesa d'armi, il garantito che *resta* in causa è, ancora, un combattente attivo, che, — quantunque la direzione della lotta sia passata nel garante assuntor della lite — tiene in pugno le armi e se ne vale; il garantito che assiste alla causa è invece in atteggiamento di riposo, di tregua, e tien le sue armi al piede, pronto a rientrar nella tenzone quando vegga pericolare le sorti del garante.

Ma, oltre a questo carattere, che qualche autore mette bene in chiaro (85), un'altra caratteristica è data dall'espressione usata dalla legge, secondo la quale il garantito assiste alla causa principale « *per la conservazione dei suoi diritti* ». Ora quali sono questi suoi diritti? Questi suoi diritti, evidentemente (oltre il diritto di rientrare, quando si presenti l'opportunità, nella causa di molestia), si possono tutti quanti comprendere in quel diritto di risarcimento che egli ha contro il garante, qualora costui soccomba (azione di regresso). Dunque il garantito assisterà alla causa di molestia per conservare contro il garante il diritto di regresso in questo giudizio: ossia assisterà alla causa di molestia allo scopo precipuo di tener viva la causa subordinata di garantia tra lui e il garante.

Appare da questo che l'assistenza del garantito ha un diverso valore secondo che si consideri in relazione alla questione di molestia o in relazione alla questione di garantia. Di fronte alla questione di molestia, il garantito assistente *non è parte,* ma ha sempre diritto di diventarlo, quando gli paia opportuno, col rientrare in quella lotta della quale è stato finora spettatore; ma, di fronte alla questione di garantia, il garantito assistente *è parte,* perchè l'azione di garantia, che si estinguerebbe se il garantito fosse uscito totalmente di causa, vien da lui fatta valere nella ipotesi che la domanda di molestia sia accolta nonostante la difesa del garante. Cosicchè si può dire che il garantito, uscito di causa a norma della prima parte dell'art. 198, se vuole tuttavia *assistervi,* secondo che dispone la seconda parte dell'art. 198 medesimo, viene implicitamente a *rientrare* in causa nella questione di garantia, che altrimenti si estinguerebbe, e a mettersi in una posizione di vigile sorveglianza nella questione di molestia, *senza rientrarvi,* ma avendo il diritto di rientrarvi quando gli piaccia,

---

(85) Per es. il BONCENNE, loc. cit.

sì da poter ridiventare in tal caso parte anche in questa causa principale, come se non ne fosse mai uscito.

223. — Ciò premesso, quali sono le facoltà processuali del garantito assistente alla causa? Bisogna distinguere le facoltà che egli ha nella questione di molestia e le facoltà che egli ha nella questione di garantia.

Nella questione di molestia egli ha lo scopo di sorvegliare l'andamento del processo, affinchè il garante non si metta d'accordo ai suoi danni con la controparte o non trascuri per negligenza la difesa assunta. Cosicchè il garantito avrà diritto di valersi di tutti i mezzi che meglio lo mettano in grado di rendersi conto del dibattimento: avrà diritto quindi di esser presente alle udienze, in persona o per mezzo di un procuratore (86), e di ricevere la notificazione di tutti gli atti scritti del processo, per esser compiutamente informato dello svolgimento della controversia (87). Il garantito che assiste alla causa di molestia, non è parte in tale causa; nè quindi potrebbe il terzo molestante proporre contro di lui domande nuove nel giudizio stesso. Ma, pur non essendone parte, il garantito ha diritto di ridiventarlo quando voglia; qualora la fiacca o malfida difesa del garante gliene mostri l'opportunità, egli può, con una semplice dichiarazione, rientrare in lizza, portando contro il terzo molestante tutte quelle difese che più gli sembrino opportune (88).

Nella questione di garantia, il garantito assistente alla causa di molestia è, come ho voluto dimostrare, parte in causa: cosicchè egli avrà diritto di prendere conclusioni contro il garante, affinchè, nel caso di soccombenza, costui sia condannato al risarcimento.

224. — Credo così di aver configurato la posizione del garantito assistente alla causa, in modo da poterla ben distinguere da quella del garantito restato in causa e da quella del garantito uscito totalmente di causa; talchè sembra ingiustificata l'espressione dello Chau-

---

(86) Pothier, *De la proc.*, Cap. II. Sez. VI, art. 2, § 3; Carré, op. cit., quest. 778; Mattirolo, op. cit., III, n. 803.

(87) Secondo un commentatore dell'Ordinanza, Jousse, nessuna notificazione può esser fatta al garantito assistente alla causa, perch'egli dalle altre parti dev'essere considerato assente. Ma l'opinione prevalente e preferibile è che non solo *si possa, ma si debba* fare la notificazione degli atti anche a lui, per dargli modo di salvaguardare i suoi diritti. V. Carré, op. cit., quest. 778; Mattirolo, op. cit., III, 803; Cuzzeri, op. cit., art. 198, quest. 5; Dalloz, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 452.

(88) Carré, op. cit., quest. 777; Boncenne, op. cit., III, pag. 379, « sauf à se faire rouvrir la barrière s'il en était besoin, et à rentrer dans la lice... ».

VEAU (89) secondo il quale « le législateur n'a pas bien compris le sens et la portée des termes même qu'il employait » e quella del nostro BIAGI (90), secondo il quale la disposizione dell'art. 198 « piglia forma manifesta di inescusabile paradosso, per cui si accorda diritto al denunciante di chiedere ed ottenere d'esser messo fuori di causa come assente e di rimanervi ad un tempo come presente, lo che suona in sostanza quanto il permettere a taluno di andar fuori di casa, rimanendo però in casa ».

Prima di lasciare questo argomento debbo peraltro far cenno di una opinione secondo me errata del GARSONNET, il quale reputa che non si possano avere tre situazioni differenti per il garantito (restare in causa, uscir di causa totalmente, uscir di causa assistendovi), ma soltanto due (restare in causa, uscir di causa con diritto ad assistere), escludendo del tutto la possibilità che il garantito possa uscire totalmente di causa, nel modo già da me configurato. Per sostenere la sua tesi, il GARSONNET (91), tra altri argomenti di minor valore, porta questo: che, se l'art. 182 capoverso Cod. proc. civ. francese (corrispondente al nostro art. 198) sembra contrapporre, come si rileva dalle parole *cependant* e *quoique* (*quantunque* nel nostro articolo 198), il garantito restato in causa da quello che è uscito, ma assiste al processo, l'articolo 185 assimila al contrario queste due situazioni, contrapponendole entrambe alla messa fuori di causa del garantito in questi termini: « *Il suffira de signifier le jugement aux garantis, soit qu'ils aient été mis hors de cause ou qu'ils y aient assisté* ». Ora, in verità, io, non riesco a capire che cosa il GARSONNET abbia voluto dire con questo ragionamento; egli vuol dimostrare che due sole situazioni si possono avere: 1) il garantito resta in causa; 2) il garantito esce di causa con diritto ad assistervi; e per dimostrarlo, adduce a conferma che l'art. 185 Cod. proc. civ. distingue due sole situazioni, cioè 1) il garantito resta in causa o vi assiste; 2) il garantito esce di causa. Come si vede, l'art. 185, anche se nella frase « *ou qu'ils aient assisté* » volesse comprendere, oltre che il garantito messo fuori di causa ed assistente, anche quello restato fin da principio in causa, verrebbe a dire che, se si possono confondere tra loro la posizione del garantito restato in causa con quella del garantito assistente, la posizione che non si può confondere con nessun'altra è quella del garantito messo del tutto fuori di causa (« *qu'ils aient été mis hors de cause* »); verrebbe a dire, cioè, una cosa perfettamente contraria a quella sostenuta dal GARSONNET, il quale ritiene che la posizione del

(89) In CARRÉ, op. cit., quest. 776.
(90) Scritto cit., pag. 12.
(91) Op. cit., § 954.

garantito messo fuori di causa è una cosa sola colla posizione del garantito assistente alla causa! Del resto, anche all'infuori della stranezza di questo argomento, non mi pare che il GARSONNET giustifichi con buone ragioni la sua teoria: nè la inopportunità e gli svantaggi della situazione processuale del garantito messo completamente fuor di causa sono un motivo sufficiente per far ritenere che tal situazione non possa verificarsi, quando il garantito non voglia valersi di quel diritto di assistenza che la legge appunto gli dà per sfuggire a tali inconvenienti.

225. — 2) L'ultima disposizione dell'art. 198 stabilisce che la controparte può domandare che il garantito resti in causa per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardino (92). Ho detto più volte che, nella lite originaria che dà luogo alla chiamata in garantia formale, ciò che interessa il terzo molestante non è tanto la *persona* del contraddittore, quanto la *cosa* (o il diritto) controversa, talchè, purchè si seguiti a disputar sulla stessa cosa, poco importa al terzo molestante che avvenga, colla sostituzione del garante al garantito, un cambiamento di persona. Ma possono darsi dei casi nei quali il garantito è chiamato a rispondere non solo come possessore della cosa controversa, ma anche come tenuto a sodisfare obblighi suoi personali: in questi casi il terzo molestante non può essere più, come prima, indifferente alla messa fuori di causa del garantito, e potrà volere che il garantito resti a adempiere quegli obblighi, ai quali non sarebbe ugualmente tenuto il garante. I casi nei quali il garantito deve rispondere in giudizio di obbligazioni sue personali, sicchè il garante non può assumer la difesa contro tali domande, possono esser varî (93). Il PISANELLI, nella sua *Relazione*, adduce l'esempio più comune: « Ove il convenuto sia possessore di mala fede, l'attore ha il diritto di chiedergli la restituzione dei frutti, il risarcimento dei danni cagionati alla cosa che forma l'oggetto della rivendicazione » (94).

Quando, adunque, il terzo molestante crede che il garantito debba rispondergli di suoi obblighi personali, può opporsi alla sua domanda di messa fuori di causa. Ho già detto che il garantito, per

---

(92) Nell'Ordinanza (tit. VIII, art. 10) non si trovava questa disposizione, la quale fu per la prima volta introdotta nel Codice francese, art. 182. V. Cod. Sardo, art. 262 (1859); Reg. Toscano, art. 249; Cod. Parmense, art. 227, capoverso 2°; Cod. Napoletano, art. 276; Codice Monegasco, art. 270.

(93) Sulla questione se il garantito possa esser fatto restare in causa per pagar le spese giudiziali, v. avanti, n. 239.

(94) MATTIROLO, op. cit., III, n. 805; MORTARA, *Comm.*, III, pag. 523; PESCATORE, op. cit., I, pag. 230.

esser messo fuori di causa, deve proporne domanda col rito degli incidenti: in questo procedimento incidentale la controparte presenterà la sua opposizione. E se la sua opposizione è accolta, il rigetto della domanda del garantito avrà l'effetto di far *restare in causa* il garantito: il quale, quindi, seguiterà ad aver la veste di parte di fronte al terzo molestante, come se mai avesse chiesto di esser messo fuori di causa (95).

È da notarsi che la nostra legge, a somiglianza di quella francese, mentre dice che il garantito ha diritto di *assistere,* dice invece che l'attore può domandare che il garantito *resti* in causa: due parole diverse e due diversi concetti. Mentre il garantito assistente alla causa nel suo interesse è pur sempre fuori dalla causa di molestia, non è esposto agli attacchi del terzo molestante e non è tenuto di fronte a lui agli obblighi processuali, il garantito costretto dalla controparte a restare in causa, è come il garante, parte esposta ai colpi avversarî e tenuta agli obblighi di lite. Male quindi è ritenuto da alcuno che nell'art. 182 Cod. proc. civ. francese e, di conseguenza, nel nostro art. 198, il legislatore abbia confuso i termini (96) e male da altri si parla di una assistenza *volontaria* e di una assistenza *coatta* (97), quasichè la posizione del garantito, che resta in causa per voler della controparte, differisca da quella del garantito assistente per il suo interesse solo nella origine occasionale, senza differirne in sostanza (98).

226. — L'assunzione della lite non ha e non può avere l'effetto di allargare le facoltà processuali del garante oltre quei limiti che ad esse son posti quando egli difende il garantito senza formalmente assumerne la lite (dietro, n. 198); qualora, peraltro, il garantito si faccia mettere fuori di causa, dimostrando così di volersi interamente affidare alla difesa del garante, crediamo che in tal caso gli atti del garante debbano obbligare anche il garantito: e la giurisprudenza, infatti, ritiene che il garante può transigere coll'attore, liberando il garantito, senza l'intervento di questo (99).

---

(95) V. GARSONNET, op. cit., § 953, in fine.

(96) CHAUVEAU in CARRÉ, op. cit., quest. 776.

(97) CARRÉ, op. cit., quest. 777.

(98) Quando il garantito, dopo aver chiesto di essere messo fuori di causa, è costretto a rimanerci per la opposizione della controparte, devono essergli notificati in seguito tutti gli atti della causa? Il CARRÉ, op. cit., quest. 778, ritiene di no; io ritengo di sì, perchè se il garantito è parte in causa, ha i doveri e i diritti delle altre parti. V. CUZZERI, op. cit., art. 198, n. 5.

(99) Cass. Torino, 8 gennaio 1868, *Giur. it.*, 1868, 1, 16.

§ 3. — *Riassunto delle figure processuali esaminate.*

227. — Per riassumere le norme poste in questo Capitolo, è opportuno riunire in un unico quadro le diverse configurazioni processuali alle quali può dar luogo la chiamata in garantia:

a) Casi comuni a entrambe le specie di garantia.

1) Nella causa di molestia vertente tra *A* e *B*, *C* compare, ma, sollevando una eccezione preliminare, si fa assolvere dall'osservanza del giudizio; la causa continua una ed unica tra *A* e *B*.

2) Nella causa di molestia vertente tra *A* e *B*, *C* compare, negando di esser tenuto alla garantia; *A*, poichè la causa tra *B* e *C* appare lunga e difficoltosa, chiede ed ottiene la separazione delle due cause. Si hanno così due giudizî separati, uno tra *A* e *B* (coll'intervento di *C*, se egli voglia o se *B* lo richieda) e l'altro tra *B* e *C*.

3) Nella causa di molestia tra *A* e *B*, *C* chiamato in garantia, non compare o, comparendo, nega semplicemente di dover la garantia. Si ha un processo apparentemente unico, nel quale sono abbinati due processi: uno tra *A* e *B*, nel quale *C* figura come interveniente passivo, presente o contumace; l'altro tra *B* e *C*, nel quale *C* è convenuto, presente o contumace.

4) Nella causa di molestia tra *A* e *B*, *C* compare, alleandosi contro *A* nella questione di molestia, ma negando in ipotesi il suo obbligo di garantia. Si ha, anche qui, un processo apparentemente unico, nel quale sono abbinati due processi: uno tra *A* da una parte e *B* e *C* dall'altra; l'altro tra *B* e *C*.

b) Casi possibili soltanto nella garantia formale.

5) Nella causa di molestia tra *A* e *B*, *C* compare e dichiara di assumer la causa di *B*, il quale tuttavia resta in causa. Si ha, anche qui, un processo apparentemente unico, nel quale sono abbinati due processi: *A* contro *B* e *C*, *B* contro *C*.

6) Nella stessa ipotesi, *B* chiede ed ottiene di esser messo fuori di causa. Il processo si unifica in un solo giudizio tra *A* e *C*.

7) Nella stessa ipotesi, *B*, messo fuori di causa, assiste al proseguimento della lite per la conservazione dei suoi diritti. Nel processo apparentemente unico, si hanno due giudizî: *A* contro *C*, al fianco del quale può, quando voglia, tornare *B*; *B* contro *C*.

8) Sempre nella stessa ipotesi, *B* chiede di esser messo fuori di causa, ma *A* vi si oppone e ottiene che resti in giudizio per l'adempimento delle sue personali obbligazoni. Nel processo apparentemente unico, si svolgono tre giudizî: *A* contro *B* e *C*, per la questione di molestia; *A* contro *B* per le obbligazioi personali di lui; *B* contro *C*, per il regresso.

B) — SENTENZA E PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE

CAPITOLO X

ESECUZIONE DELLA SENTENZA ED ONERE DELLE SPESE

SOMMARIO

228. Partizione.

§ 1. — *Regole comuni alle due specie di garantia.*

229. Esecutorietà della sentenza che decide le due questioni. — 230. Onere processuale delle spese nel giudizio di merito. — 231. Applicazione degli articoli 370-371 Cod. proc. civ. - 232. Onere delle spese nelle questioni incidentali. — 233. Obbligo sostanziale del garante di restituire al garantito le spese sostenute.

§ 2. — *Regole speciali. della garantia formale.*

234. Art. 200 Cod. proc. civ., applicabile solo in caso di assunzione di lite. — 235. Esecutorietà della sentenza; sua notificazione. — 236. Art. 185 Cod. proc. civ. francese. — 237. Interpretazione dell'art. 200 Cod. proc. civ., a proposito dell'onere delle spese. — 238. Suo fondamento. — 239. Può il terzo molestante far restare in causa il garantito allo scopo di fargli pagar le spese giudiziarie? — 240. Il terzo molestante può richiedere al garantito le spese fatte prima della chiamata del garante. — 241. Applicazione degli artt. 370-371 ai casi di garantia formale. — 242. Obbligo sostanziale del garante di restituire al garantito le spese sostenute. — 243. Speciale questione nel caso di insolvenza del terzo molestante. — 244. Estensione delle regole poste alla subgarantia.

228. — Dopo aver visto a quali complicazioni processuali può dar luogo l'intervento del chiamato in garantia nello svolgimento della causa di molestia, si deve esaminare quali conseguenze tale intervento apporti sulla *esecuzione* della sentenza che pone fine al giudizio, e sulla *notificazione* di essa, che di tale esecuzione è importante formalità.

Anche in questo Capitolo, parleremo prima delle regole comuni alle due specie di garantia, poi di quelle riservate alla garantia formale.

§ 1. — *Regole comuni alle due specie di garantia.*

229. — La sentenza che pone fine al giudizio nel quale è stato chiamato un garante semplice, deve, in tutti i casi, decidere due controversie: una vertente tra terzo molestante e garantito, l'altra vertente tra questo e il garante chiamato in causa. Ond'è, che, potendosi la sentenza considerare come l'unione di due distinte sentenze decidenti su due distinte questioni, in ciascuna di queste essa sarà esecutiva contro la parte soccombente. Se, per esempio, la sentenza avrà accolto la domanda dell'attore principale contro il garantito e la domanda di rivalsa del garantito contro il garante, la sentenza sarà esecutiva contro il garantito e contro il garante per le rispettive condanne e a ciascuno di questi due dovrà essere notificata, al garantito a cura del terzo molestante, al garante a cura del garantito. Analogamente per tutti gli altri casi che si possono raffigurare, e nei quali non esiste nessuna difficoltà da superare (1).

Non credo quindi necessario aggiungere altro su questo punto di per sè chiaro: debbo soltanto ricordare che, secondo una sentenza della Corte d'Appello di Venezia (2), il dispositivo della sentenza che condanna il chiamato in garantia a pagare al convenuto originario la somma che questi viene condannato a pagare al terzo molestante, deve intendersi nel senso che l'obbligo del pagamento da parte del garante sia subordinato all'eseguito pagamento da parte del garantito: e pertanto in base a detta sentenza non può pretendere il garantito di procedere in via esecutiva contro il garante per ottenere il pagamento, prima di avere a sua volta pagato l'attore principale.

230. — A maggior complicazione può dar luogo il determinare caso per caso a quale delle tre parti in causa debba incombere l'onere delle spese.

Bisogna ben distinguere qui l'obbligo processuale di pagar le spese del giudizio, che la parte soccombente ha in favore della parte vincitrice, dall'obbligo che, indipendentemente dalla qualità di parte in

---

(1) CARRÉ, op. cit., quest. 781.

(2) 29 marzo 1894, *Temi ven.*, 1894, 333. Contro: Cass. Torino, 28 marzo 1883, *Giur. tor.*, 1883, 559. Il DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », dice che se in materia di garantia semplice la condanna in garantia diventa esecutiva solo in quanto sia messa in esecuzione la condanna principale, non è necessario che l'esecuzione di questa condanna principale preceda quella della condanna in garantia; così il garantito può perseguire il garante d'accordo col creditore principale, il resultato di tal collettiva persecuzione essendo quello di realizzare l'esecuzione della condanna principale in favore di colui che l'ha ottenuta e di rendere quindi esecutiva la condanna in garantia.

causa, può incombere ad alcuno, di rimborsare ad un altro le spese derivategli da una soccombenza in lite.

Chiarirò la differenza con un esempio, sul quale avrò occasione di ritornare tra poco. *A*, creditore di una certa somma verso *C*, debitore principale e verso *B*, fidejussore, si rivolge giudizialmente contro questo per la riscossione. *B*, convenuto in giudizio, chiama in garantia il debitore principale *C*, ma questi non compare, in modo che *B* si oppone per conto suo alle domande di *A* e resta soccombente. In questo caso le spese processuali, se si considerano come onere processuale del soccombente verso il vincitore, vanno a carico di *B* in favore di *A* per l'art. 370 Cod. proc. civ.; ma se si ricerca a carico di chi andranno in definitivo queste spese, vediamo che, per l'art. 1915 C. c., in quell'azione di regresso che *B* ha contro *C*, sono comprese anche le spese fatte da *B* dopo che ha denunciato al debitore le molestie sofferte.

Si deve dunque considerare separatamente, nei diversi casi a cui può dar luogo il rapporto di garantia, l'obbligo processuale di pagar le spese di causa, che incombe al soccombente, dal diritto che questo soccombente abbia di rivalersi delle spese pagate sopra un terzo, legato a lui per obbligazioni precedenti.

231. — Esaminiamo come l'art. 370 e 371 Cod. proc. civ. devono essere applicati, secondo le varie posizioni processuali (3).

B, citato da *A*, chiama in causa *C* per garantia semplice. Si possono allora verificare più casi, già ad altri effetti considerati da me nei precedenti capitoli.

1) *C* resta contumace, o, comparendo, nega di dover la garantia; la sentenza decide sulla questione di molestia tra *A* e *B*, e sulla questione di garantia tra *B* e *C*, presente o contumace.

Può succedere in questa ipotesi che:

1) *a*) la sentenza condanna *B* a sodisfar la domanda di *A* e *C* a garantire *B;* in tal caso *B* pagherà le spese di causa per la sua controversia con *A*, e *C* pagherà le spese di causa per la sua controversia con *B*. Ma *C*, secondo i varî rapporti di preesistente obbligazione che lo possono legare a *B*, dovrà rimborsarlo in tutto o in parte — secondo la natura della garantia ormai riconosciuta —, delle spese che egli *B* ha dovuto pagare ad *A*, cosicchè può darsi che in ultima analisi le spese di tutt'e due le controversie vengano pagate da *C* (4). *C*, nella causa di molestia vertente tra *A* e *B* assiste quale interveniente coatto, ma, se

---

(3) V. Lessona, *L'onere delle spese fra le parti nei giudizî civili, Legge,* 1896, I, pag. 644, n. 16.

(4) Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali* (Torino 1901), n. 249. V. App. Napoli, 7 giugno 1867, *Annali,* 1867, 2, 465; Cass. Firenze, 17 dicembre 1883, *Temi ven.,* 1884, 146.

resta inattivo, non acquista la qualità di parte, e quindi non si può estendere a lui la condanna nelle spese a favore di *A* direttamente;

1) *b*) la sentenza assolve *B* dalla domanda di *A*, e, per conseguenza, assolve *C* dalla domanda in garantia di *B*. In tal caso *A* pagherà le spese della lite di molestia; e, rigidamente applicando l'art. 370 Cod. proc. civ., *B* dovrebbe pagare a *C* le spese della lite di garantia. Ma siccome la chiamata in garantia, originata dalla domanda di molestia, costituiva per il convenuto una necessità di difesa, *A* soccombente deve pagare le spese anche a favore di *C* (5);

1) *c*) la sentenza condanna *B* a sodisfar la domanda di *A*, ma assolve *C* dalla domanda in garantia di *B*. In questo caso *B*, soccombente in tutt'e due le questioni, dovrà pagare le spese tanto ad *A* quanto a *C*.

2) *C*, comparendo, si unisce a *B* per contrastare le domande di *A*, lasciando impregiudicata in ipotesi la questione di garantia. In questo caso, come ho mostrato nel precedente capitolo, *C* diventa parte nella causa di molestia: cosicchè, quantunque la decisione della sentenza in tal controversia miri esclusivamente ai rapporti di *A* con *B*, tuttavia le spese di tal controversia possono riversarsi in parte anche su *C*, quando *C* abbia preso nel dibattito una parte attiva. Per esempio, se per contrastare la domanda di *A* verso *B*, *C* propone una azione in riconvenzione sua propria, la quale poi viene respinta, siccome il soccombente nella questione di molestia è non solo *B*, ma anche *C*, che ha portato contro *A* una difesa attiva, dalla quale son derivate delle spese, così è giusto che, nei rapporti con *A*, le spese gravino su *B* quanto su *C*, secondo l'art. 371 Cod. proc. civ. (6).

Qualora però, essendosi *C* associato alla difesa di *B* contro *A* solo in ipotesi, venisse dalla sentenza accolta la tesi di *C*, ossia egli fosse liberato dall'obbligazione di garantia verso *B*, non per questo cesserebbe, nei rapporti tra *C* e *A* terzo molestante, la responsabilità di *C* per le spese giudiziarie causate dal suo intervento difensivo; nè *C* potrebbe richiedere tali spese a *B*, poichè dovrebbe imputare a sè stesso gli effetti della sua attività giudiziaria (7).

---

(5) Chiovenda, op. cit., pag. 232, nota 2; App. Venezia, 19 novembre 1907, *Cass. Firenze*, 1908, 88. Una sentenza App. Venezia, 14 aprile 1882, *Tem. ven.*, 1882, 228, decise invece che sta al garantito rifonder le spese al garante inutilmente chiamato. V. anche App. Catania, 23 aprile 1889 (*Giur. cat.*, 1889, 98).

(6) Chiovenda, op. cit., n. 250. Il § 82 della Legge di Lucerna, nell'ultimo periodo del capoverso 2°, stabilisce che l'obbligato al regresso (*Regressierte*) che intervenga nella causa principale è obbligato *sussidiariamente* alle spese processuali.

(7) Chiovenda, op. cit., pag. 240, nota 3.

Abbiamo visto al n. 195 che, di regola, la questione di garantia si svolge tra garantito e garante, senza che il terzo molestante vi partecipi. Pur tuttavia alcune volte il terzo molestante può figurarvi come interveniente *ad adiuvandum* del garantito o addirittura può subentrare nei diritti del garantito; in simili casi anche il terzo molestante, qualora il preteso garante sia assolto dalla domanda di garantia, sarà tenuto, secondo gli artt. 370 e 371 Cod. proc. civ., a rifargli le spese di causa originate dalla sua adesione alla domanda del garantito o dalla sua domanda diretta. Al contrario, se la garantia sarà accolta, anche al terzo molestante il garante dovrà pagar le spese di tale dichiarazione.

232. — La chiamata in garantia può dar luogo, come si è visto (dietro, Cap. VIII) a questioni incidentali preliminari, alcune tra terzo molestante e garantito sulla ammissibilità della sospensione della causa di molestia o sulla opportunità dell'unione di questa colla causa di garantia; altre tra garantito e garante, sul diritto di questo ad esser messo fuori di causa. Di siffatte questioni incidentali si dovrà considerare *parte* tanto chi propone la domanda quanto chi la contrasta, e sarà condannato alle spese dell'incidente il soccombente. Per esempio, se il garante chiamato in causa solleva una eccezione preliminare d'incompetenza e questa vien respinta, egli dovrà pagare le spese dell'incidente al garantito, e, qualora il terzo molestante si sia unito al garantito per far respingere tale eccezione, anche al terzo molestante (8).

233. — In tutti i casi precedentemente esaminati ho applicato le norme degli artt. 370-371 Cod. proc. civ., indipendentemente dal considerare gli obblighi che possono legare il garantito e il garante. Ma, in base a questi obblighi sostanziali, determinati dalle regole del diritto civile, esisterà nel garantito, soccombente nella controversia di molestia e vincitore nella controversia di garantia, il diritto di essere rimborsato in tutto o in parte dal garante delle spese da lui garantito pagate al terzo molestante. Per esempio, se il garantito è un fidejussore del garante debitore originario, egli ha diritto ad esser rivalso da lui di tutte le spese fatte dopo avergli denunziato le molestie (art. 1915 C. c.), e quindi anche delle spese derivategli dalla soccombenza nella causa contro il debitore; se invece il garantito è un debitore che chiama il garante come condebitore solidale, avrà diritto di esser rivalso da lui soltanto di quella quota di spese che deriva dal loro vincolo di coobbligazione. E così si può continuare, secondo la natura del diritto di garantia.

Mentre l'onere delle spese processuali, secondo gli artt. 370 e 371

---

(8) CHIOVENDA, op. cit., n. 237.

Cod. proc. civ., in tanto si verifica in quanto chi deve sostenerlo è stato parte in una causa, quest'obbligo che il garante ha, in varia misura secondo l'indole della garantia, di rifondere al garantito le spese e i danni da lui incontrati, si può verificare anche se il garante non è stato parte in causa nella lite nella quale il garantito ha dovuto pagare tali spese all'avversario vittorioso (9). Si disputa in proposito se il garante semplice, che non è stato citato in giudizio dal garantito nella causa di molestia, sia tenuto — qualora in un giudizio separato sia riconosciuto il suo obbligo di garantia — a rimborsare al garantito le spese della lite di molestia, nella quale questi è restato soccombente; il JOCCOTON, contro una sentenza del 31 gennaio 1839 della Corte d'Appello d'Aix, è per la negativa (10); indubbiamente, però, quando l'azione di garantia esercitata in via incidentale dal garantito non possa esser riunita alla questione di molestia per l'art. 199 Cod. proc. civ., il garante — qualora venga riconosciuto il suo obbligo di garantia — dovrà restituire al garantito soccombente le spese del giudizio di molestia, quantunque questo si sia svolto separatamente dalla causa di garantia.

§ 2. — *Regole speciali della garantia formale.*

234. — Tutto ciò che si è detto sulla esecuzione e notificazione delle sentenze per la garantia semplice, può anche valere per la garantia formale, in quei casi in cui il chiamato in causa si renda contumace, o compaia soltanto per negare l'obbligo di garantia (dietro, n. 231, 1, *a*, *b*, *c*), ed anche in quelli in cui, comparendo, non assuma la lite, ma resti semplice alleato del garantito (dietro, n. 231, 2).

A maggiori difficoltà dà luogo, anche in questa materia, la garantia formale, allorchè il garante abbia assunto la lite e il garantito prenda uno di quegli svariati atteggiamenti che l'art. 198 Cod. proc. civ. gli consente. In tal caso si hanno speciali disposizioni nell'articolo 200 Cod. proc. civ., il quale, come il corrispondente art. 185 Cod. proc. civ. francese, *presuppone necessariamente che il garante abbia assunto* la lite, altrimenti non ricorre necessità di applicarlo (11).

---

(9) CARRÉ, op. cit., quest. 781.

(10) Op. cit., pag. 391, n. 275; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 474; TISSIER et DARRAS, op. cit., art. 185, n. 3.

(11) GARSONNET, op. cit., § 955, nota 2; *Relazione* PISANELLI: « *Continuando l'ipotesi in cui la garantia sia stata assunta dal terzo*, nelle azioni reali, il progetto dichiara che la sentenza proferita contro il garante sarà anche esecutiva contro il garantito ».

235. — L'art. 200 Cod. proc. civ. (12) stabilisce che « *le sentenze proferite contro il garante nelle azioni reali sono esecutive anche contro il garantito, e a questo effetto sono notificate ad ambidue* ».

La regola secondo la quale sentenze proferite contro il garante formale, assuntore della lite, sono esecutive anche contro il garantito, deriva naturalmente da quella veste di sostituto del garantito che il garante assuntor della lite prende nella causa di molestia: tale regola non ha bisogno di ampia dimostrazione, poichè, come scrive il MORTARA (13), « neppure nel silenzio del testo potrebbe dubitarsi della sua esistenza, facilmente desumibile dai principî della procedura ». Quando, parlando dell'assunzione della lite fatta dal garante, si è detto che egli veniva a prendere la caratteristica figura di un *sostituto*, abbiamo fatto notare che, in tal figura, il garante sta in giudizio in nome proprio, ma per un diritto altrui, cioè per il diritto del garantito, il quale, naturalmente, dev'esser sottoposto al giudicato, sebbene non sia parte in causa.

Lo scopo per il quale il garante assume la lite del garantito è quello di far sì che il garantito possa restare nel possesso della cosa controversa, o possa entrarvi, se ancora non v'è: cosicchè la sentenza che decide il rilascio della cosa in favor del terzo rivendicante, viene in sostanza a decidere di una cosa che si trova in mano del garantito. Come la vittoria del garante torna a favor del garantito, permettendogli di goder senza ulteriore turbamento la cosa o il diritto controverso, così la sconfitta del garante sostituente significa — in relazione alla questione di molestia — sconfitta del garantito sostituito. « Il garantito — è detto nella *Relazione* PISANELLI — ritirandosi dalla causa principale dove il garante venne a rappresentarlo, si è col fatto proprio sottoposto alle conseguenze della condanna pronunziata contro lo stesso garante »; nè, d'altra parte, il terzo molestante potrebbe mai consentire alla messa fuori di causa del garantito, qualora sapesse che, anche vincendo, la sentenza ottenuta contro il garante sarebbe nulla più che una platonica pronuncia contro chi non ha in mano l'oggetto controverso (14).

In quanto alla notificazione della sentenza, che deve esser fatta

---

(12) Cod. Parmense, art. 230; Cod. Napoletano, art. 279; Cod. Sardo, art. 262; Cod. Estense, art. 498; Reg. Toscano, artt. 256, 257, 258; Cod. Francese, art. 185; Ordinanza del 1667, art. 11 del Tit. VIII; Cod. Monaco, art. 272; Cod. Vallese, art. 61. Quest'ultimo Codice stabilisce, per un principio inverso, che la sentenza contro il garantito è esecutiva anche contro il garante, se la garantia è ammessa.

(13) *Comm.*, III, n. 452.

(14) V. MATTIROLO, op. cit., III, n. 806; MORTARA, op. cit., III, n. 452; CABERLOTTO, op. cit., n. 77 e segg.; MOMIGLIANO, op. cit., n. 70 e segg.; BORSARI, GARGIULO, CUZZERI, op. cit., all'art. 200; RICCI, cit. monografia, n. 45 e segg.; CARRÉ, op. cit., CXCIII; BOITARD, op. cit., I, n. 497, ecc.

sempre a colui contro il quale la sentenza deve eseguirsi, stabilisce l'art. 200 che essa dev'esser fatta tanto al garante soccombente quanto al garantito, che di tal soccombenza risente gli effetti. Anche qui è lucido commento la *Relazione* PISANELLI: « Non poteva esser dubbio che la sentenza dovesse notificarsi al garantito, poichè trovandosi esso nel possesso della cosa rivendicata e sulla quale compete all'attore il diritto riconosciuto dalla sentenza, è palese che la esecuzione effettiva della sentenza deve aver luogo contro il medesimo. Però importa altresì che la detta sentenza sia notificata al garante, onde possa apprezzare le giuridiche conseguenze, e provvedere al proprio interesse nei rapporti tanto dell'attore quanto del garantito ».

Il Codice francese segue un sistema diverso (15), quando stabilisce che, per eseguire contro i garantiti la sentenza emanata contro i garanti « *il suffira de signifier le jugement aux garantis soit qu'ils aient été mis hors de cause, ou qu'ils y aient assisté* » (art. 185). L'art. 185, come ho già detto per il nostro art. 200, presuppone che il garante abbia assunto la lite; ma se, nonostante l'assunzione della lite, il garantito è restato in causa volontariamente o costrettovi dal terzo molestante, a lui, come a parte in causa, dovrà notificarsi la sentenza secondo le comuni regole di procedura. L'art. 185, quindi, contempla di proposito solo i due casi in cui il garantito sia stato del tutto messo fuori di causa, e in cui il garantito, sebbene messo fuori di causa, abbia voluto assistere al processo per la conservazione dei suoi diritti: e in questi due casi in cui si potrebbe dubitare se bastasse per l'esecuzione della sentenza la semplice notificazione al garantito, dispone che tal notificazione è di per sè stessa sufficiente, « *sans qu'il soit besoin d'autre demande ni procédure* ».

Quando il garantito sia stato messo fuori di causa, la sentenza dev'essere formalmente pronunciata contro il garante il quale è stato in causa in nome proprio (16), nulla disponendosi riguardo all'obbligo di garantia che il garante abbia verso il garantito, se costui s'è del tutto reso estraneo alla lite. Ciò pare strano al BIAGI (17), che non sa immaginare « secondo logica una sentenza irrazionale che, disponendo soltanto contro il garante, lo condanni per assurdo all'impossibile, vale a dire a rilasciare lo stabile evitto, ch'egli non detiene, e non può perciò essere per esecuzione forzata costretto a rilasciare »; ma la stranezza di tale sentenza scompare quando si ponga mente a quel rapporto di sostituzione processuale che passa tra garantito e garante e che bisogna

---

(15) V. Ordinanza, Tit. VIII, art. 11, e, oltre i Codici Parmense, Sardo, Napoletano, fedeli copie del Codice Francese, il Codice Estense, art. 498 (dietro, n. 235, nota 12).

(16) Cass. Roma, 5 luglio 1893, *Corte Suprema Roma*, 1893, II, 225; v. anche App. Napoli, 15 dicembre 1890, *Legge*, 1891, 2, 422.

(17) Scritto cit., pag. 13.

sempre tenere presente, quando si voglia rettamente afferrare il significato dell'art. 200 Cod. proc. civ. (18).

236. — A più largo numero di questioni dà luogo il capoverso dell'art. 200 che riguarda le spese e i danni. Ma, prima di esaminarlo, sarà bene accennare alle norme corrispondenti del Cod. proc. civ. francese (19).

L'art. 185 Cod. proc. civ. francese, nel secondo e terzo periodo del capoverso, stabilisce: « *À l'égard des dépens, dommages et intérêts la liquidation et l'exécution ne pourront en être faites que contre les garants. Néanmoins, en cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des dépens, à moins qu'il n'ait été mis hors de cause; il le sera aussi des dommages et intérêts, si le tribunal juge qu'il y a lieu* ».

Facciamo una breve analisi di tali disposizioni. L'art. 185, presuppone anzitutto che il garante abbia assunto la lite, poichè, se non l'avesse assunta, il garantito sarebbe pur sempre il convenuto principale, sul quale ricadrebbero gli oneri della soccombenza. Quando, adunque, il garante abbia assunto la lite, si possono verificare due ipotesi principali:

a) il garantito resta in causa (o volontariamente o costrettovi dalla controparte);

b) il garantito esce di causa (del tutto, o rimanendo ad assistere).

Cominciamo a eliminare la ipotesi *b*), col dire che mai, quando il garantito sia stato messo fuori di causa (si valga poi o non si valga del suo diritto di assistervi), può esser tenuto a pagare le spese e i danni della causa principale.

Resta ora l'ipotesi *a*), nella quale bisogna fare due subipotesi:

a 1) il garante è in istato di solvenza;

a 2) il garante è in istato di insolvenza.

Nella prima delle due subipotesi (*a 1*) si ritorna al caso della ipotesi *b*); cioè, il garantito restato in causa non può mai essere tenuto alle spese e ai danni della causa principale (diversamente può accadere per le spese e i danni derivanti da sue personali obbligazioni, quando egli resti in causa costrettovi dalla controparte), quando queste spese e questi danni è in condizione di pagarli il garante.

---

(18) Le leggi svizzere a tipo tedesco stabiliscono invece che, anche se il denunziante abbandona il processo lasciandone la prosecuzione al denunziato, la sentenza dev'essere sempre pronunciata nel nome del primo: v. Legge provv. federale, art. 11, e le vigenti leggi di: Sciaffusa, § 127; Zurigo, § 252; Lucerna, § 82 capov. 1°; S. Gallo, art. 72 capov.; Grigioni, art. 45.

(19) Per la legislazione comparata, cfr. dietro, n. 235 nota 12 e nota 15. Per il citato art. 11 della Legge provv. federale svizzera il denunciato che assume la lite sostiene le pene disciplinari e le spese processuali.

Nella seconda delle due subipotesi (*a* 2), bisogna distinguere se si tratta delle spese o se si tratta dei danni. Per le spese, se il garante è insolvente, il garantito è tenuto senz'altro; per i danni, se il garante è insolvente, il garantito è tenuto soltanto « *si le Tribunal juge qu'il y a lieu* ».

Riassumendo, il garantito è tenuto a pagar le spese della soccombenza solo quando:

1) egli è restato in causa;

2) e non le può pagare il garante; egli ha dunque, di fronte alla controparte vincitrice, una obbligazione puramente *sussidiaria*.

In quanto ai danni, egli è tenuto a pagarli solo quando:

1) è restato in causa;

2) e non può pagarli il garante;

3) e il giudice crede che ne sia responsabile il garantito; si tratta, dunque, di una obbligazione non solo *sussidiaria*, ma anche *condizionata* a un apprezzamento del giudice (20).

237. — Posti questi principî, desunti dalla legge francese, passiamo al nostro art. 200, il quale, con assai minore minuziosità, stabilisce: « *Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono essere fatti soltanto contro i garanti* ».

Debbo ricordare che questa disposizione, così assoluta in apparenza, trova una limitazione nell'avvertimento già da me dato che l'art. 200 Cod. proc. civ. presuppone necessariamente l'assunzione della lite da parte del garante. Qualora adunque il garante sia stato contumace, o, comparendo, abbia negato la garantia, o, pur non negandola, non abbia voluto assumer la causa, l'onere delle spese processuali graverà, secondo i varî casi, nei modi già da me stabiliti per la garantia semplice, ai quali mi riferisco senza ripetere cose già dette (dietro, n. 231); cosicchè, quando il garante non abbia assunto la lite, può benissimo il garantito soccombente esser tenuto a pagar le spese e i danni alla controparte, salvo rivalersi, se l'obbligo di garantia sia dichiarato, sul garante.

Ma, posta questa prima limitazione, per la quale la disposizione dell'art. 200 deve intendersi applicabile solo ai casi nei quali il garante si sia assunta la lite, dovrà vedersi un'altra limitazione a questo articolo nel fatto che il garantito sia restato in causa? In altre parole, quando il garantito, invece di farsi mettere fuori di causa, preferisce di restare in causa, o vi è costretto, accanto al garante assuntor della lite, potrà dirsi ugualmente che gli atti esecutivi per le spese e per i danni possono esser fatti solo contro il garante?

---

(20) BOITARD, op. cit., I, n. 497; BONCENNE, op. cit., III, pag. 423 e segg.; GARSONNET, op. cit., III, § 951 e segg., e note.

Il legislatore francese, colla disposizione dell'art. 185, pone a carico del garantito restato in causa l'onere delle spese processuali solo in quanto il garante sia insolvente: ciò vuol dire che il solo fatto di restare in causa non basta di per sè solo a gravare il garantito delle spese processuali. L'obbligazione che per le spese processuali incombe sul garantito è dunque una obbligazione meno assoluta e meno generale di quella del garante, di fronte alla quale ha un carattere di *sussidiarietà*, non già di contemporanea *solidarietà*. Il nostro legislatore, nello art. 200, non ha creduto di far parola di tale obbligazione sussidiaria del garantito restato in causa: e, poichè evidentemente il nostro legislatore, nel compilare il vigente Codice di procedura civile, ha avuto sott'occhio il modello del Codice francese, non è da credere che la omissione di tal disposizione sia dovuta a dimenticanza, sibbene devesi ritenere che essa abbia voluto introdurre una modificazione al sistema francese.

La modificazione che, col suo silenzio, la nostra legge ha voluto introdurre, può imaginarsi in due diversi sensi:

1) o si è voluto trasformare la obbligazione del garantito restato in causa a pagar le spese, da *sussidiaria* che è nel Codice francese, in *principale* e *parallela* accanto a quella del garante, cosicchè, al garantito restato in causa, si deve applicare, indipendentemente dalla solvenza del garante, l'art. 371 Cod. proc. civ. (21);

2) o si è voluto escludere del tutto, anche nel caso in cui il garantito sia restato in causa, la sua responsabilità per le spese della causa principale, non ammettendosi che la insolvenza del garante assuntor della lite possa in nessun modo aggravare la responsabilità del garantito restato in causa.

Le interpretazioni che dell'art. 200 si possono dare sono queste due e basta; non si potrebbe ammettere, come fa il Mattirolo (22), che a carico del garantito restato in causa esista una obbligazione sussidiaria, com'è nel sistema francese. Nel sistema francese tale obbligazione è stabilita espressamente dalla legge: ma nel nostro Codice di tale obbligazione sussidiaria non si fa parola, e « *ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus* »; le vie che logicamente si possono prendere sono, ripeto, due sole: o ammettere che il garantito restato in causa sia sottoposto alle spese di soccombenza come una parte qualunque, e riservar l'applicazione dell'art. 200 capoverso al solo caso della messa fuori di causa del garantito; o applicare nella sua generale locuzione l'art. 200 a tutti i casi nei quali il garante abbia assunto la

---

(21) In questo senso il Cod. Monegasco ha peggiorato la condizione del garantito restato in causa, stabilendo (art. 272) che il garantito è passibile delle spese soltanto se è restato in causa, *sia o no solvente il garante*.

(22) Op. cit., III, n. 805.

lite, ritenendo che in nessun caso il garantito, anche restato in causa, può esser sottoposto alle spese.

Quale delle due spiegazioni si deve scegliere?

Gli autori non mi sembra che si siano posti il problema che a me par scorgere nell'art. 200, e risolvono la questione incidentalmente, senza troppo indugiarvi: « S'intende da sè — dice il CUZZERI (23) — che questo articolo suppone che il garantito sia stato messo fuori di causa (io ho detto, invece, coll'autorità del GARSONNET, che esso suppone soltanto che il garante abbia assunto la lite: dietro, n. 234). Se egli fosse rimasto, sarebbe sempre il legittimo contraddittore dell'attore principale e dovrebbe rispondere perciò verso di lui, salvi gli effetti della garantia ». Lo stesso dicono il CABERLOTTO (24) e il MOMIGLIANO (25). Ma mi pare che tali autori confondano il garantito restato in causa come contraddittore principale, quando il garante non ha assunto la lite, dal garantito restato in causa come alleato accanto al garante assuntor della lite; ora, mentre nel primo caso nessuno pone in dubbio che per le spese e per i danni della causa di molestia sia perseguibile il garantito contraddittore principale (dietro, al principio di questo n. 237), non credo sostenibile che di tali spese e di tali danni possa esser gravato il garantito restato in causa accanto al garante assuntor della lite.

D'altra parte, la miglior conferma della mia opinione è questa: che, sotto l'impero dell'art. 11 del tit. VIII dell'Ordinanza francese, il quale, senza la eccezione introdotta poi dal Codice francese (26), stabiliva in maniera assoluta, in modo simile al nostro Codice, che per i danni « *la liquidation et l'exécution ne sera faite que contre les garants* », si riteneva dal RODIER che in nessun caso, quando il garante avesse assunto la lite, il garantito poteva essere tenuto a pagar le spese e i danni per la questione di molestia, neppure quando non aveva chiesto di essere messo fuori di causa (27). Tale interpretazione trova una conferma nella Relazione PISANELLI, ove è detto che « riguardo alle spese giudiziali e ai danni, gli atti esecutivi non possono essere promossi che contro il garante, imperocchè il garantito non deve andar soggetto nè alle spese di un giudizio che non ha sostenuto, *o che non era obbligato a sostenere,* nè al risarcimento dei danni a lui non imputabili »; dalla frase segnata appar chiaramente che il garantito non è

---

(23) Op. cit., art. 200, n. 3.

(24) Op. cit., n. 77.

(25) Op. cit., n. 40, in fine.

(26) La ragione per cui il Cod. Francese introdusse la eccezione fu il considerare che bisogna esser più severi verso il garantito che non è uscito di causa, perchè in tal caso le spese della controparte sono originate anche dalla resistenza personale di lui. V. BONCENNE, op. cit., III, 425.

(27) V. BONCENNE, op. cit., III, pag. 424.

tenuto a pagar le spese quando sia volontariamente restato come parte nel giudizio principale, che, essendo stato assunto dal garante, egli non è più obbligato a sostenere.

Bisogna peraltro bene spiegarci su questa interpretazione che io do all'art. 200 Cod. proc. civ. Secondo me il fatto che il garantito, quando il garante ha assunto la lite, non chiede di esser messo fuori di causa, e resta quindi come parte nella causa stessa, non basta a sottoporre il garantito all'onere delle spese processuali in caso di soccombenza, secondo l'art. 371 Cod. proc. civ.: la circostanza che determina l'esonero del garantito dall'onere delle spese processuali non è, secondo me, la sua uscita di causa, sibbene l'assunzione della lite da parte del garante. La sostituzione del garante nella causa del garantito trasferisce in quello la responsabilità processuale; e se il garantito, dopo avvenuta tale sostituzione, vuol ciò nonostante restare in causa come parte, le spese della causa di molestia devono in caso di soccombenza esser sostenute soltanto dal garante, assuntore della lite. Questo, s'intende, finchè il garantito si limita a restare in causa come parte inattiva, rimettendosi alla difesa del garante; chè, se il garantito, non andando d'accordo col metodo di difesa del garante, il quale, per es., ha riconosciuto il diritto dell'avversario, volesse portare mezzi di difesa autonomi o divergenti da quelli del garante stesso, in tal caso anche il garantito sarebbe responsabile delle spese processuali nelle domande proposte da lui.

Ritengo quindi, in conclusione, che, per l'art. 200 Cod. proc. civ., il garantito restato in causa accanto al garante assuntor della lite non è tenuto, per il solo fatto di esser restato in causa, a pagar le spese e i danni della causa di molestia (28). Diverso è il caso, quando il garantito, nonostante che il garante abbia assunto la lite, sèguita a proporre mezzi di difesa per conto suo o quando, accanto alla causa di molestia, sorgano questioni accessorie tra terzo molestante e garantito, su obblighi personali di questo.

238. — La ragione per la quale, nel caso in cui il garante abbia assunta la lite, il garantito non è tenuto a pagar le spese (29), si desume dal già citato passo della *Relazione* Pisanelli (dietro, n. 237). Se il garantito, quando nella decisione della questione di molestia vengono

---

(28) V. Borsari, op. cit., art. 200, n. 2; Castellari, op. cit., pag. 521.

(29) Giustamente il Biagi (pag. 13) rileva la improprietà della locuzione usata dall'art. 200 quando parla di « atti esecutivi » che non possono esser fatti contro il garante, per la quale si potrebbe da taluno ritenere che si negasse contro il garantito la forza di esecuzione parata, ma non il diritto d'azione da esperimentarsi in via ordinaria. L'art. 200, per essere esatto, avrebbe dovuto dire che contro il garantito non *esiste azione* per le spese e per i danni.

accolte le ragioni del terzo molestante, dev'essere necessariamente tenuto a eseguir la sentenza per il merito, poichè altrimenti la sentenza pronunciata contro il garante non avrebbe nessuna efficacia, non deve però esser tenuto a pagar le spese di una causa originata dal fatto ingiusto di un altro (del garante, che ha illegittimamente disposto di una cosa che non gli apparteneva), nè i danni prodotti dalla colpa altrui. Il garantito si trova ad avere acquistato in buona fede una cosa o un diritto, e ad averne poi disposto, senza coscienza di ledere i diritti del vero proprietario; il vero proprietario non può pretendere da lui se non l'abbandono della cosa reclamata, mentre il garante, autore del fatto illecito, risponderà delle spese di causa e dei danni, che, senza l'ingiuria da lui commessa, non si sarebbero verificati (30).

Nè deve parere strano il fatto di una sentenza la quale, eseguibile per il merito contro il garantito, che viene a essere in sostanza il vero soccombente, non è eseguibile contro di lui per le spese giudiziarie, onere che della soccombenza è una conseguenza ordinaria. L'assunzione della lite, che opera una successione nel rapporto processuale, sostituisce il garante al posto del garantito, e in lui trasferisce gli oneri processuali, tra i quali quello delle spese in caso di soccombenza; diguisachè, mentre le conseguenze sostanziali della soccombenza operano sul garantito, al quale appartiene il diritto controverso, le conseguenze processuali devono ricadere soltanto sul garante, che nel posto di soggetto del rapporto processuale è subentrato al garantito.

In quanto ai *danni* di cui parla l'art. 200, essi sono quelli che « derivano al rivendicante per il fatto generale della usurpazione che ha patito della cosa sua, principalmente e originalmente imputabile al garante » (31).

Dei danni personalmente imputabili al garantito, quali potrebbero esser quelli derivati da un abuso che egli abbia fatto del fondo rivendicato, risponderà soltanto il garantito, ma solo in quanto sia restato in causa volontariamente o sia stato costretto a restarvi in base a domanda del terzo molestante, secondo la norma già vista (dietro, n. 225) dell'art. 198 capoverso.

239. — A proposito di tale norma, applicabile tutte le volte che il garantito sia tenuto verso il terzo molestante da « *obbligazioni che personalmente lo riguardino* », si è fatta la seguente questione: potrà il terzo molestante, allorchè tema che il garante sia insolvente e che quindi riuscirebbe inefficace la condanna di lui nelle spese, chiedere, secondo l'art. 198 capoverso, che il garantito resti in causa, per poterlo far condannare nelle spese che il garante non è in grado di pagare?

---

(30) Borsari, op. cit., art. 200, n. 1.

(31) Borsari, op. cit., art. 200, n. 2.

Tale questione è stata assai dibattuta in Francia: e, sebbene il Codice francese espressamente riconosca che il garantito restato in causa ha, in caso di insolvenza del garante, un'obbligazione sussidiaria per le spese, tuttavia la gran maggioranza degli autori opina che non si possa ritenere in causa il garantito per il solo motivo di questa obbligazione sussidiaria, la quale potrà essere fatta efficacemente valere solo quando il garantito sia restato in causa volontariamente o sia stato costretto a rimanervi per altre sue obbligazioni personali, diverse dalla responsabilità per le spese. Infatti, se alla controparte può riuscir dannoso che il garantito esca di causa e sfugga così all'onere sussidiario delle spese, più dannoso sarebbe per il garantito esser costretto a rimanere in causa tutte le volte che la controparte lo volesse, e veder così praticamente annullata e resa illusoria la propria esenzione dalle spese processuali, anche quando nessun obbligo personale lo ritenesse in causa (32).

Sotto l'impero del Codice di procedura italiano, un'altra ragione di capitale importanza si aggiunge per convalidare l'opinione prevalente nella dottrina francese: la mancanza, nel nostro diritto processuale, di quella obbligazione sussidiaria del garantito che è stabilita dall'art. 185 Cod. proc. civ. francese. Per il citato art. 200 Cod. proc. civ., interpretato nel modo precedentemente esposto (dietro, n. 237), il garantito restato in causa non può mai (salvo il caso ch'egli faccia valere mezzi di difesa distinti da quelli del garante o che stia in causa per obbligazioni sue personali) esser tenuto a pagar le spese della causa di molestia assunta dal garante. Ne consegue che, anche ammettendo nel terzo molestante il diritto di far restare in causa il garantito al solo scopo di richiedergli le spese, si dovrebbe poi concludere che questo garantito costretto a restare in causa non è affatto obbligato a pagar le spese al terzo molestante, perchè, quando il garante ha assunto la lite, « gli atti esecutivi per le spese possono essere fatti soltanto contro i garanti ». Cosicchè, anche quando la controparte avesse ottenuto di far restare in causa il garantito, non avrebbe ottenuto di renderlo obbligato a pagar le spese processuali! (33).

---

(32) V. BONCENNE, op. cit., III, 380; CARRÉ, op. cit., quest. 776, d'accordo con RODIER; GARSONNET, op. cit., § 953, nota 7; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 451.

(33) L'opinione contraria, per cui si riconosce anche sotto l'impero del nostro Codice il diritto nel terzo molestante di far restare in causa il garantito al solo scopo di fargli pagar le spese, ha validi sostenitori: MATTIROLO, op. cit., III, n. 805; RICCI, op. cit., I, 451; BOGGIO, op. cit., n. 235, secondo il quale la contraria opinione condurrebbe a far derivare al terzo molestante un « indebito danno dall'incidente della garantia che riguarda un rapporto giuridico a lui

240. — Prima di passare alla pratica applicazione dell'art. 200 per quel che riguarda l'onere delle spese, debbo accennare che nell'Ordinanza francese del 1667 era espressamente stabilito nell'art. 14 del tit. VIII: « Les garants qui succomberont, seront condamnés aux dépens de la cause principale du jour de la sommation seulement, et *non de ceux faits auparavant,* sinon de l'exploit de demande originaire ». Tale disposizione, in forza della quale il pagamento delle spese fatte prima della citazione in garantia (tolte quelle della citazione originaria) non poteva essere richiesto ai garanti, è ritenuta applicabile, nel silenzio della legge, anche nel moderno diritto poichè, secondo ciò che dice il CARRÉ (34), sarebbe ingiusto di non far direttamente sopportare al garantito le spese che il garante, se fosse stato messo in causa prima che fossero state fatte, avrebbe potuto evitare. L'art. 200 Cod. proc. civ., dunque, trova questa limitazione: che, anche nel caso in cui la lite sia stata assunta dal garante, il terzo molestante potrà, in caso di vittoria, richiedere al garantito le spese alle quali egli ha dato origine, sollevando questioni prima di chiamare in causa il garante; e per ottenere il pagamento di queste spese potrà, secondo me, opporsi a che il garantito sia messo fuori di causa.

241. — Risoluti così i principali dubbî che possono nascere sulla interpretazione dell'art. 200 Cod. proc. civ., è opportuno fare, come già per la garantia semplice, un rapido elenco delle varie situazioni processuali, nelle quali diversamente grava l'onere delle spese, secondo la soccombenza delle parti in causa. Anche qui bisogna sempre tener distinta l'obbligazione processuale di pagar le spese che, secondo gli artt. 370-371 Cod. proc. civ., incombe alla parte soccombente, dall'obbligazione di rifonder le spese pagate che, per ragioni della garantia, può incombere al garante in favor del garantito.

I casi che qui debbono essere esaminati sono tutti quelli che si verificano quando il garante assume la lite; perchè, per tutti gli

---

estraneo (?): egli voleva riconosciuti i suoi diritti in confronto del possessore senza cercare più oltre; se il possessore ha un diritto di rilievo, non può pregiudicarne perciò il rivendicante. Si pensi d'altronde alla facilità delle frodi: un convenuto, o anche attore di mala fede, per non rischiare il rimborso delle spese, si rivolge ad un terzo compiacente che riconosce d'essere garante, e che, dopo aver perduta la causa, colla sua insolvibilità renderà irrisorio il diritto dell'avversario ». Contro tali autori e in favore della nostra opinione: BORSARI, op. cit., art. 200, 2; GARGIULO, op. cit., art. 200, n. III; CUZZERI, op. cit., art. 198, n. 7; CABERLOTTO, op. cit., nn. 80-81; MOMIGLIANO, op. cit., n. 41; CHIOVENDA, op. cit., n. 251.

(34) Op. cit., quest. 783. V. DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 468; GARSONNET, op. cit., § 951, nota 5; TISSIER et DARRAS, op. cit., art. 185, 1 e 2.

altri casi, intendo riferirmi alle cose già dette per la garantia semplice (dietro, n. 231).

Quando il garante *C* ha assunto la lite, può accadere:

1) che *B* garantito resti in causa, come alleato di *C* contro *A* nella questione di molestia e come contraddittore di *C* nella questione di garantia. In tal caso può darsi:

1) *a*) che la sentenza accolga la domanda di *A* nella questione di molestia e quella di *B* nella questione di garantia; in tal caso *C* sarà condannato alle spese della questione di molestia in favore di *A*, e alle spese della questione di garantia in favore di *B*. Potrà, in questo caso, condannarsi alle spese in favore di *A* anche *B* congiuntamente a *C*, poichè egli è restato in causa ad aiutar *C* contro *A*? Secondo i principî generali parrebbe di sì, perchè essendo *B* restato parte in causa, si dovrebbe applicare l'art. 371 Cod. proc. civ. (35); ma, per l'interpretazione data all'art. 200, credo che la controparte *A* non possa richieder le spese di causa altro che al garante *C*, a meno che il garantito restato in causa abbia proposto mezzi di difesa diversi da quelli del garante, chè in tal caso egli è responsabile delle spese derivate dalla sua attività: salvo poi tra *B* e *C*, decidere se il garante debba sostenere per l'obbligo di garantia quelle spese che la non necessaria presenza di *B* ha cagionato in sovrappiù;

1) *b*) che la sentenza accolga la domanda di *A*, nella questione di molestia, ma respinga quella di *B* nella questione di garantia: in tal caso *B* dovrà pagare a *C* le spese originarie dalla chiamata in garantia; ma a pagar le spese ad *A* vittorioso chi sarà condannato? Di fronte ad *A* dev'essere condannato *C*, assuntor della lite, il quale, di fronte ad *A*, terzo molestante, è soccombente nella questione di molestia; ma, siccome *C* d'altra parte è liberato dall'obbligo di garantia, credo che la stessa sentenza possa condannare *B* a restituire a *C* le spese da lui dovute ad *A* per la soccombenza nella causa di molestia (36);

---

(35) Così è concordemente ritenuto. V. CHIOVENDA, op. cit., n. 251.

(36) V. LESSONA, op. cit., n. 17, il quale scrive: « Può il garante che assume la causa del convenuto: disconoscere il diritto del terzo e disconoscere l'obbligo della garantia. Allora, se quest'obbligo è dichiarato, sopporta le spese, se è negato, il garante è messo fuori di causa, e il solo garantito vi rimane o vi è revocato a sue spese ». Secondo il LESSONA, adunque, il garante assuntor della lite non sarebbe mai responsabile di fronte al terzo molestante per le spese di tale lite, quando è negato l'obbligo di garantia. Noi abbiamo accettato invece la soluzione che si desume dal principio posto dal CHIOVENDA (op. cit., pag. 240, nota 3): che « la responsabilità del garante verso il terzo, non cesserebbe... sol perchè egli abbia ottenuto liberazione dalla garantia. Pur vincendo verso il garantito, non cessa di soccombere nelle domande proposte contro l'avversario del garantito ».

1) *c*) che la sentenza respinga la domanda di *A* nella questione di molestia, e respinga quindi la domanda di *B* nella questione di garantia; in tal caso *A* dovrà pagare a *B* e a *C* le spese originate dalla sua infondata domanda. Veramente le spese della questione di garantia dovrebbe sostenerle *B*, soccombente di fronte a *C;* ma se la domanda di garantia viene respinta non già per intrinseca infondatezza, ma perchè è resa inutile dal rigetto della domanda di molestia, il giudice può condannare *A* a pagare anche le spese della questione di garantia (37);

1) *d*) In tutti questi casi ho supposto che, avendo il garante *C*, nonostante l'assunzione della lite, seguitato a negare in ipotesi il suo obbligo di garantia verso *B*, sia restata in vita la questione di garantia tra *B* e *C*. Ma se *C* assumendo la lite, ha dichiarato di riconoscere il suo obbligo di garantia, s'intende che nei varî casi già fatti non potrà più *B* essere condannato alle spese per soccombenza nella questione di garantia in favore di *C*;

1) *e*) Se, nei casi suddetti, *C* assuntor della lite intende di riconoscere senza contrastarlo il diritto di *A*, potrà *B* contrastarlo per conto suo; ma in questo caso *B*, se soccombe, sarà personalmente tenuto alle spese verso *A*, perchè non esistono più gli effetti della assunzione di lite che imporrebbe l'applicazione dell'art. 200 Cod. proc. civ. (38);

2) Che *B* garantito chieda di esser messo fuori di causa, ritirandosi interamente dalla lite; in questo caso cesserà in questa sede la questione di garantia tra *B* e *C* e resterà la sola questione di molestia tra *A* e *C*, nella quale la condanna nelle spese toccherà, secondo l'art. 370 Cod. proc. civ., alla parte soccombente;

3) Che *B*, garantito, chieda di esser messo fuori di causa, ma non possa ottenerlo, perchè *A* vuol ritenerlo in giudizio per l'adempimento di personali obbligazioni. Allora invece di due contraddittorî, se ne avranno tre: uno tra *A* e *C* (eventualmente aiutato da *B*) nella questione di molestia; uno tra *B* e *C*, se *C* non ha riconosciuto l'obbligo di garantia; uno tra *A* e *B*, sulle obbligazioni personali di *B*. Potrà dunque accadere:

3) *a*) che la sentenza accolga le domande di *A* contro *C* nella questione di molestia e contro *B* nella questione delle obbligazioni personali di lui; e accolga la domanda di *B* contro *C*, se *C* non ha

---

(37) Lessona, op. cit., n. 17. V. Cass. Roma, 7 novembre 1890, *Legge*, 1890, I, 1; App. Venezia, 14 aprile 1882, *Temi ven.*, 1882, 228.

(38) Lessona, loc. cit., *Prima ipotesi* a); Boggio, op. cit., n. 231 A. La legge di Lucerna, § 86, stabilisce espressamente che, quando il denunziato dichiara di non voler che il processo principale sia continuato, può il denunziante continuarlo per conto suo, ma senza diritto di richiedere poi mediante l'azione di regresso al denunziato le spese processuali incontrate dopo la dichiarazione di questo.

riconosciuto il diritto di *B* alla garantia. Allora *B* e *C* pagheranno ad *A* le spese delle rispettive questioni (39), secondo l'art. 371 Cod. proc. civ.; *C* non sarà obbligato a rifare a *B* le spese derivanti dalla questione sulle obbligazioni personali di lui;

3) *b*) che la sentenza accolga la domanda di *A* contro *C*, ma respinga quella contro *B*, e accolga la domanda in garantia di *B* contro *C*. *B* sarà in tal caso rimborsato delle spese tanto da *A* (per la questione sulle obbligazioni personali) quanto da *C* (per la questione di garantia), e *C* pagherà le spese della causa di molestia;

3) *c*) che la sentenza respinga le domande di *A* contro *B* e *C*; si rientra allora nel caso 1) *c*);

4) che *B*, garantito, chieda di esser messo fuori di causa, ma si valga del suo diritto di assistenza. In questo caso si hanno due questioni: l'una tra *A* e *C*, l'altra tra *B* e *C*. L'onere delle spese si distribuisce in questo caso secondo i casi già fatti al n. 1). Soltanto, quando il garantito assiste semplicemente alla causa di molestia, non potrà esservi dubbio che egli non può essere condannato nelle spese di tale causa insieme col garante soccombente. Questa sarebbe, secondo alcuni, una delle differenze tra la condizione del garantito *assistente* alla causa e il garantito *restato* in causa; ma io, per le ragioni già dette, non ammetto tale differenza, ritenendo (dietro, n. 237) che anche il garantito *restato* in causa non possa, semplicemente perchè tale, esser condannato a pagare le spese della causa di molestia assunta dal garante (40) (*).

---

(39) V. MORTARA, *Comm.*, III, pag. 525.

(40) Qual è, allora, la differenza tra la condizione processuale del garantito *restato* in causa e di quello *assistente*? Anzitutto, questa: che, mentre contro il garantito restato in causa il terzo molestante può presentare domande per obbligazioni personali, contro il garantito uscito di causa, ma assistente, non può più presentare domande, perchè egli non è più parte nella causa di molestia; un'altra differenza la dirò tra poco (avanti, n. 242, nota 45). Il semplice fatto del restare in causa accanto al garante assuntor della lite non obbliga il garantito per le spese in confronto del terzo molestante; ma se il garantito restato in causa proponesse mezzi di difesa nella causa di molestia in opposizione al metodo di difesa scelto dal garante e venisse così a distruggere anche parzialmente il rapporto di sostituzione, dovrebbe rispondere di fronte al terzo molestante delle spese così prodotte; lo stesso deve dirsi del garantito assistente che a tale scopo rientrasse in causa. V. CARRÉ, op. cit. quest. 783; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Exceptions* », n. 468.

(*) Il FUCHS (op. cit., § 20, « *Kostenpunkt* », pag. 152 e segg.) esamina quale influsso può avere la denunzia di lite sulla repartizione delle spese processuali della causa principale. E distingue i seguenti casi: 1) se il denunziato non risponde alla denunzia, non può esservi a carico di lui, estraneo al processo, alcuna condanna di spese; 2) se compare, ma nega ogni suo obbligo di garantia, non può in quella sede subire alcuna condanna di spese, salva la rivalsa contro di lui nel processo separato che può intentargli il denunziante; 3) se compare

242. — Diverso dall'obbligo processuale di pagar le spese è l'obbligo sostanziale che può incombere al garante di rifondere le spese incontrate dal garantito; e le questioni che sorgono su questo secondo obbligo, allo scopo di decidere se ed in qual misura il risarcimento delle spese è compreso nella garantia, sono di diritto civile sostanziale, e non rientrano quindi in uno studio di indole processuale (41).

Tuttavia, per affinità di argomento, ricordo che, anche quando la causa di garantia si svolge separatamente dalla causa di molestia, il garantito soccombente nella causa avrà diritto di richiedere al garante le spese alle quali è stato condannato in favor del terzo rivendicante, quando però gli abbia a suo tempo denunciata la lite; dice infatti l'art. 1486 Cod. civ. che il compratore che ha sofferto l'evizione ha diritto di domandare al venditore « *le spese fatte in conseguenza della denunzia di lite al suo autore e quelle fatte dall'attore principale* » (42).

Si può, sempre nei rapporti tra garantito e garante, indipendentemente dall'applicazione degli artt. 370 e 371 Cod. proc. civ., domandare: nell'obbligo di garantia che il garante ha verso il garantito rientrerà il rifacimento delle spese non strettamente necessarie che il garantito abbia fatto prima di chiamare in causa il garante? Il problema è stato analizzato al n. 240 da un altro punto di vista, per sapere se tali spese rientrano in quelle che, secondo l'art. 200 Cod. proc. civ., il terzo molestante può richiedere soltanto al garante; ed è stato risoluto in senso negativo, ritenendosi che esse possano essere richieste dal terzo molestante direttamente al garantito, del quale a tale scopo può essere impedita l'uscita dalla causa. Esaminando ora lo stesso problema dal lato sostanziale del diritto di garantia, credo che il garante non sia tenuto a risarcire di queste spese il garantito che le abbia pagate al terzo molestante, perchè esse potevano essere evitate se la chiamata veniva fatta prima (43).

---

ed entra nel processo come procuratore del denunziante, la condanna nelle spese avrà luogo come se stessero di fronte solo le parti principali; 4) se denunziante e denunziato stanno in causa l'uno accanto all'altro contro il comune avversario, ciascuno di essi sarà responsabile di fronte a lui delle spese cagionategli; 5) se, in questo caso, resta soccombente il comune avversario, egli deve rimborsare le spese non solo al denunziante, ma anche al denunziato, il cui intervento è stato cagionato dall'ingiusto attacco di lui; 6) se il denunziato esperimenta per conto suo un mezzo di diritto, la responsabilità delle spese da ciò causate incombe a lui solo.

(41) FUCHS, op. cit., pag. 152.

(42) V. sul diritto sostanziale del garantito evitto a ottener le spese di causa dal garante, BOGGIO, op. cit., n. 228 e segg.; CABALLINI, op. cit., § III, n. 164 e segg. La legge processuale di Argovia, § 43, e quella di Lucerna, § 89, dispongono che la omissione della denuncia di lite libera il garante dalla responsabilità per le spese giudiziali.

(43) V. CARRÉ, op. cit., quest. 783. Disposizione analoga oltrechè nell'Ordi-

Un'altra questione che, nei rapporti tra garantito e garante si può fare è questa: se, quando il garante ha assunto la lite, sia tenuto, nel caso che l'obbligo di garantia venga riconosciuto, a rifare al garantito le spese che costui ha incontrato restando in causa contro il terzo molestante. A questo caso provvedeva espressamente il Regolamento Gregoriano, stabilendo, al § 867, che « *il terzo che avrà assunta la lite... non sarà tenuto verso il reo principale per le spese posteriori* »; e, al § 869, che « *è in facoltà del reo convenuto di stare in giudizio, se lo crede di suo interesse, e di proporre le sue difese contro l'attore principale; ma in questo caso non avrà diritto a rifazione contro il terzo* » (44). Il criterio al quale obbedivano questi due articoli appare giusto anche nel nostro diritto; quando il garante ha assunto la lite, egli, per conto suo, ha provveduto nel miglior modo possibile alla difesa della causa, nè dev'essere obbligato a pagar le spese che il garantito può incontrare, qualora, non fidandosi dell'opera di chi lo rappresenta in lite, voglia restare in persona nel giudizio.

Diverso è, secondo me, il caso in cui il garantito, uscito di causa, assista al proseguimento del giudizio: in tal caso il garantito, secondo ciò che nel Capitolo precedente ho detto, resta parte in causa nella causa di garantia, senza essere più che un semplice spettatore nella causa di molestia; cosicchè se, per tale sua assistenza che gli dà modo di restar parte nella questione di garantia, egli incontra delle spese, mi par giusto che tali spese debbano essergli risarcite dal garante, qualora l'obbligo di garantia sia riconosciuto (45).

---

nanza del 1667 già citata (dietro, n. 240), si trova nel Cod. del Vallese, articolo 60, secondo il quale se il garantito non chiama il garante da quando resulta dalla procedura che la chiamata si sarebbe potuta esercitare, sarà passibile delle spese fatte fino alla evocazione del garante. Il CHIOVENDA, al n. 252, op. cit., scrive: « Non credo si possa fissare un principio certo, il ritardo della chiamata in garantia può essere giustificato: in questo caso, per le spese fatte nel frattempo, il garante deve considerarsi rappresentato dal garantito. Nell'atto della messa fuori di causa del garantito, il garante deve condannarsi a suo favore nelle spese sostenute fino a quel momento ».

(44) Analogamente nel *Motu-proprio* Piano era stabilito che « se il rilevatore *vorrà esimersi dalla rifazione delle spese* [s'intende di fronte al rilevato] dovrà assumere in sè le molestie inferite dall'attore principale, dichiarando negli atti che egli s'incarica della difesa » (art. 598); che « non sarà proibito al reo convenuto di stare in giudizio per difendersi, se lo crede, dalla domanda dell'attore, ma dopo la speciale assunzione delle molestie... *non avrà diritto alla rifazione delle spese* » (art. 603); che finalmente « se il rilevatore non avrà assunto le molestie... e sarà condannato alla liberazione, dovrà anche condannarsi *alla rifazione delle spese tanto dell'attore principale quanto del reo convenuto* » (art. 604).

(45) Ecco l'altra differenza alla quale ho alluso nella nota 40 al n. 241, tra la condizione del garantito restato in causa e quella del garantito uscito, ma assistente.

243. — Una questione che si è fatta, sempre a proposito del diritto di regresso che intercede tra garantito e garante, è la seguente. *A* intenta contro *B* un'azione in revindica di un fondo; *B* chiama in garantia *C*, il quale compare, ma non assume la lite, in modo che la causa di molestia contro *A* è sostenuta da *B*. La sentenza respinge la domanda di *A* contro *B* e, per conseguenza, la domanda di *B* contro *C;* e condanna *A* a pagare le spese incontrate tanto da *B* per la questione di molestia, quanto da *C* per la questione di garantia. Ma *A* è insolvente: si possono allora immaginare due opposte domande che si incrocino tra *B* e *C*: *B*, infatti, può chiedere a *C* che lo rimborsi delle spese incontrate nella causa di molestia, in base all'obbligo che egli ha, come venditore, di garantirlo dai turbamenti che possono ingiustamente esser recati al suo possesso, tra i quali si può far rientrare le spese dovute incontrare per respingere un'azione in revindica di un terzo; *C*, d'altra parte, può chiedere a *B* che lo rimborsi delle spese della causa di garantia, in base all'art. 370 Cod. proc. civ., che attribuisce l'onere delle spese al soccombente (*B*, nella causa di garantia, è stato soccombente). Si hanno ragioni per sostenere la fondatezza dell'una domanda e dell'altra.

B, compratore, può infatti addurre in favor suo che, per l'articolo 1497 Cod. civ., egli era obbligato, appena veniva iniziata contro di lui la rivendicazione dal terzo *A*, a chiamare in garantia *C*; che, tale chiamata essendo non solo un suo diritto, ma puranche un suo dovere, indipendentemente da ogni fondatezza della rivendicazione stessa, le spese che egli ha dovuto incontrare nella causa non potevano essere evitate; e che, quindi, se *A* è insolvente, non essendo giusto che egli *B* sopporti un onere che si è verificato all'infuori di ogni sua colpa, bisogna che tale onere gravi piuttosto sul venditore (46). Ma *C*, venditore, può rispondere che, se egli era tenuto a garantire la proprietà che ha venduto, non si può estendere l'obbligo suo fino a imputargli le spese di tutti i reclami senza fondamento che i terzi, poi divenuti insolventi, abbiano a formare contro il compratore. L'azione intentata da *A* è stata respinta, dal che chiaramente si dimostra la sua infondatezza; cosicchè non solo egli *C* non ha l'obbligo di pagare le spese cagionate a *B* da tale infondata domanda, che non deriva affatto da un vizio di trasmissione attribuibile a lui venditore, ma ha il diritto di essere rimborsato delle spese incontrate per rispondere alla chiamata in garantia.

Tra queste diverse ragioni, la prevalente dottrina considera che

---

(46) V. BARTOLO sulla l. 1, D. *de evict.*, XXI, 2; e sulla l. 102, D. *de verb. obl.*, XLV, 1. Questa è l'opinione accolta dal Cod. proc. civ. del Cantone di Vaud, secondo il quale il garantito in caso di soccombenza può rivalersi contro il garante per i danni, *in caso di vittoria per le spese* (artt. 150-151).

l'unico obbligato a pagare le spese della questione di molestia e della conseguente chiamata in garantia è l'attore in revindica *A*, alle cui ingiuste pretese ogni danno si deve far risalire. Ma, se *A* è insolvente, questa sua insolvenza s'ha da considerare come un caso fortuito, le cui conseguenze devono essere sopportate tanto da *B* quanto da *C*, da ciascuno per la propria quota. Cosicchè, in caso di insolvenza di *A*, *B* sopporterà le spese della questione di molestia senza poterle ripeter da *C*, e *C* sopporterà le spese della questione di garantia, senza poterle ripeter da *B* (47) (*).

244. — S'intende che tutto ciò che in questo e nel precedente Capitolo ho detto, devesi applicare, quando ve ne sia possibilità, anche ai casi in cui si verifichino una o più successive domande di subgarantia. Così per la garantia formale, qualora più garanti vengano successivamente chiamati in causa, la lite potrà essere assunta dall'ultimo, e tutti gli intervenuti in causa, contemporaneamente garantiti e garanti, potranno esser messi fuori di causa, lasciando a discutere sulla questione di molestia originaria il terzo molestante coll'ultimo garante, contro il quale soltanto, in caso di sua soccombenza, potranno farsi gli atti esecutivi per le spese e i danni, secondo l'art. 200 Cod. proc. civ.

---

(47) Questa è l'opinione del VOET, *Ad Pand.*, XXI, II, n. 25; BOCERUS, *De expensis*, § 37. V. CHAUVEAU in CARRÉ, op. cit., quest. 784 *bis;* JOCCOTON, op. cit., nn. 278, 279; CUZZERI, op. cit., art. 200, n. 2; GARGIULO, op. cit., art. 200, quest. III; BORSARI, op. cit., art. 200, 3; RICCI, op. cit., I, 452; CABERLOTTO, op. cit., n. 79; BOGGIO, op. cit., 239; App. Bologna, 29 dicembre 1884, *Giur. it.*, 1885, 2, 66.

(*) Il JANNUZZI (*Studii giuridici*, Milano, 1909, pagg. 477 e segg.) si pone il seguente quesito che, in tema di spese giudiziali, ha attinenza col nostro tema: « Quando l'avvocato, per essere sodisfatto del suo compenso, non avvalendosi dell'ultimo comma dell'art. 379 Cod. proc. civ., conviene il proprio cliente innanzi al giudice competente per ragion di valore e di territorio, può il convenuto che vinse la causa per la difesa della quale si chiede il compenso, chiamare in garantia la parte soccombente e condannata alle spese? ». Il ricordato Autore risponde affermativamente, perchè l'art. 103 Cod. proc. civ. non pone una regola inderogabile di competenza assoluta e perchè, del resto, esso non si applica agli onorarî degli avvocati. Secondo noi, però, è questo un caso di garantia impropria, al quale non si può applicare la regola della chiamata in garantia.

SEZIONE QUINTA

L'AZIONE DI GARANTIA IN RELAZIONE AI MEZZI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

245. — In relazione ai mezzi per impugnare le sentenze, l'azione di garantia, la quale, come si è visto, può dar luogo a un giudizio con pluralità di parti, fa sorgere questioni assai difficoltose, quando si tratta di determinare in che limiti possono le diverse parti intervenute in causa valersi dei mezzi di impugnativa. Esamineremo brevemente le più importanti questioni, riferendoci, con una distinzione non rigorosamente scientifica, ma desunta dal nostro diritto positivo, prima ai mezzi ordinarî d'impugnativa, poi a quelli straordinarî.

CAPITOLO XI

L'AZIONE DI GARANTIA IN RELAZIONE AI MEZZI ORDINARÎ PER IMPUGNARE LE SENTENZE

SOMMARIO

A) Opposizione del contumace.

246. L'opposizione contumaciale del garante investe anche la questione di molestia.

B) Appellazione.

247. Questioni alle quali può dar luogo l'appello in tema di garantia.

§ 1. — *Facoltà d'appello delle tre parti in causa separatamente considerate.*

248. A chi spetta la facoltà di appellare. — 249. Quadro delle possibili sentenze che decidono le due questioni congiuntamente. — 250. Facoltà d'appello del terzo molestante. — 251. Facoltà d'appello del garantito. — 252. Facoltà d'appello del garante. — 253. Facoltà del garante in appello. — 254. Giudizio separato delle due questioni. — 255. Integrazione del giudizio.

§ 2. — *Facoltà d'appello delle tre parti in causa considerate nei reciproci rapporti.*

256. Partizione. *a*) Facoltà d'appello di ciascuna delle tre parti in causa in relazione coll'inattività delle altre due parti. — 257. Sottopartizione. — 258. *a*) Acquiescenza. — 259. L'acquiescenza del garantito non toglie al garante il diritto d'appello sulla questione di molestia. — 260. L'acquiescenza del garante assuntor della lite non toglie al garantito lo stesso diritto. — 261. *b*) Decorrenza del termine per appellare. — 262. La notificazione della sentenza fatta dal terzo molestante al garantito ed al garante non fa decorrere il termine d'appello fra questi due. — 263. Riassunto. — *b*) Facoltà d'appello di ciascuna delle tre parti in causa in relazione alla attività delle altre due parti. — 264. Reciproci rapporti delle due questioni di fronte all'appello. — 265. *a*) L'appello su una questione fa risorgere l'interesse ad appellare sull'altra. — 266. Concetto di appello adesivo e di appello incidentale. — 267. Applicabilità dell'appello adesivo in tema di garantia. — 268. Casi controversi. — 269. Se l'appello del terzo molestante contro il garantito dia diritto a questo di appellare adesivamente o incidentalmente contro il garante. — 270. Se l'appello del garante contro il garantito dia diritto a questo di appellare adesivamente o incidentalmente contro il terzo molestante. — 271. Se l'appello del garantito contro il garante dia diritto a questo di appellare adesivamente o incidentalmente contro il terzo molestante. — 272. *b*) L'appello su una questione fa necessariamente rivivere l'altra: art. 471 Cod. proc. civ.

§ 3. — *Disposizioni del disegno di revisione Belga.*

273. Norme positive regolatrici dell'appello in tema di garantia.

A) — Opposizione del contumace

246. — L'unica questione alla quale può dar luogo in materia di garantia l'opposizione contumaciale, si verifica nel caso di contumacia del chiamato in garantia.

Secondo la nostra opinione già espressa (dietro, n. 171), quando nella causa di molestia il chiamato in garantia, che non sia stato citato in persona propria, non compare, si rende applicabile la disposizione dell'art. 382 capoverso Cod. proc. civ., per la quale l'attore (in questo caso il garantito) deve rinnovare la citazione al non comparso. In questo modo in forza dell'art. 474 capoverso Cod. proc, civ. sarà in ogni caso evitata la possibilità di una opposizione da parte del garante contumace, il quale potrà valersi soltanto, se vorrà, della via dell'appello (avanti, n. 252).

Ma, ammettiamo per un momento che tale possibilità possa verificarsi, come accade quando si ritenga l'art. 382 inapplicabile al caso di chiamata in garantia; e facciamo l'ipotesi che, non essendo comparso il chiamato in garantia, al quale la citazione non è stata

notificata in persona propria, la causa venga proseguita in sua contumacia, senza rinnovazione di citazione. In questo caso il garante avrà evidentemente diritto di fare opposizione, secondo l'art. 474 Cod. proc. civ., contro la sentenza che in sua contumacia abbia deciso la questione di molestia e la questione di garantia: si domanda ora se la sua opposizione dovrà limitarsi a investire quel capo della sentenza che decide la questione di garantia o potrà estendersi anche a quello che decide la questione di molestia.

Lo Chauveau (1) crede che l'opposizione del garante contumace non possa investire la decisione che ha condannato il garantito in favore del terzo molestante, ma solo quella che ha condannato il garante in favore del garantito: infatti, secondo questo autore, non si può, a causa della chiamata in garantia, alla quale il terzo molestante è rimasto estraneo, togliere a questo il beneficio di una sentenza favorevole; alla stessa conclusione giunge qualche giudicato francese (2), considerando che le due questioni di molestia e di garantia sono interamente distinte, e distinte sono, quantunque abbinate in una sola sentenza, le decisioni che le riguardano.

Noi, col De Paepe e colla prevalente giurisprudenza francese (3), seguiamo l'opinione contraria: non in considerazione del legame che esiste tra le due questioni (4), poichè esso non è tale da far rivivere necessariamente la questione di molestia, quando rivive la questione di garantia (dietro, n. 91), ma per riguardo alla natura processuale della chiamata in garantia, la quale cumula contro il garante una domanda di garantia ed una domanda per intervento nella causa di molestia. In virtù di questo duplice scopo, che la chiamata in garantia cumula in sè, la contumacia del garante si verifica nella ipotesi in esame tanto di fronte all'azione di garantia, quanto di fronte alla chiamata nella causa di molestia; cosicchè il garante figura come convenuto contumace nella causa di garantia, e come chiamato in causa contumace nella causa di molestia (dietro, n. 171). Ciò posto, il suo diritto di fare opposizione anche ai capi della sentenza che condannano il garantito a favore del terzo molestante non gli deriva dalla sua qualità di convenuto contumace nella causa di garantia, ma dalla sua qualità di chiamato in causa contumace nella causa di molestia (5).

---

(1) In Carré, op. cit., quest. 1581 *quater*, quesito VIII.

(2) Corte di Colmar, 20 gennaio 1840.

(3) Op. cit., n. 70; e giurisprudenza ivi citata a pag. 125 e segg.

(4) Cass. francese, 13 giugno 1876.

(5) La semplice chiamata in causa, la quale non attribuisce per sè sola al chiamato la qualità di parte in quel senso specifico già ricordato (dietro, n. 207), attribuisce peraltro la qualità di parte al solo scopo della impugnativa della sentenza (avanti, n. 252).

Il diritto di fare opposizione contro la sentenza che decide la questione di molestia, dovrebbe esser concesso al garante contumace anche quando la causa di molestia e la causa di garantia fossero state separate dopo avvenuta la chiamata in garantia; perchè tale separazione non avrebbe fatto perdere al garante la qualità ormai acquistata di chiamato in causa contumace nella causa di molestia (6).

B) — Appellazione

247. — Quando la questione di molestia e la questione di garantia vengono trattate contemporaneamente in uno stesso processo, allora la sentenza che pone fine al giudizio di primo grado viene a decidere nello stesso tempo due, o, in certi casi, anche tre controversie distinte, vertenti, secondo la già analizzata disposizione delle relazioni processuali (dietro, n. 194), fra tre diverse coppie di contraddittori. In ciascuna delle distinte controversie che la unica sentenza viene a decidere, la parte soccombente avrà diritto di appellare contro quel capo della sentenza che ha deciso sulla speciale controversia; ma siccome ciascuna delle due parti che stanno in contraddittorio su una delle questioni, è o può essere contemporaneamente parte anche nelle altre questioni che la stessa sentenza ha deciso, ecco che può verificarsi in una sola persona il diritto di appellare in relazione a due questioni diverse contro due diversi contraddittori. Vengono così, per causa della chiamata in garantia, a complicarsi singolarmente la facoltà e l'interesse di impugnare il giudicato, e sorgono, allo scopo di determinare la misura di tale facoltà e di disciplinarne l'esercizio, questioni abbastanza complesse, che lo Chauveau (7) qualificò addirittura « inextricables » (8).

Allo scopo di semplificare la materia assai complicata, noi determineremo anzitutto (§ 1) per ciascuna delle tre parti in giudizio la estensione della facoltà di appello in confronto delle diverse questioni decise dalla sentenza di primo grado, indipendentemente dalle complicazioni processuali alle quali può dar luogo sulla determinazione di tal facoltà l'attività o l'inattività di una delle altre due parti in causa; in seguito (§ 2) determineremo in qual modo l'attività o l'inattività di una delle tre parti in causa in relazione all'appello possa modificare la facoltà d'appellare delle altre due e variamente estendere anche su loro i suoi effetti.

---

(6) De Paepe, op. cit., pag. 127.

(7) In Carré, quest. 1581 *quater*.

(8) Sull'appello e sugli altri mezzi di impugnativa in relazione alla denunzia di lite, v. Fuchs, op. cit., pag. 142-152.

§ 1. — *Facoltà d'appello delle tre parti in causa separatamente considerate.*

248. — Mentre nel diritto romano era ammesso ad impugnar la sentenza in appello anche chi non era stato parte in primo grado, purchè esso dimostrasse di avere interesse a ottener la riforma della sentenza stessa (avanti, n. 275), il nostro Codice, seguendo il sistema della legge francese, stabilisce al contrario che, siccome la sentenza fa stato soltanto contro le parti in causa, il diritto di appellare spetta soltanto a chi fu *parte* nel giudizio di prima istanza (9).

Che cosa si debba intendere in senso proprio e specifico per *parte* in causa, già s'è visto altrove (dietro, n. 207); ma fino da allora abbiamo detto che, quando si parla di parte in relazione ai mezzi per impugnar la sentenza, la parola acquista un significato meno ristretto e più generico, tale da comprendere persone alle quali la qualità di parte in senso specifico non potrebbe attribuirsi. Mentre, secondo il CARLE (10), anche in relazione alla facoltà di appello si deve considerare parte nel primo giudizio soltanto chi vi fece valere le proprie ragioni, il MORTARA (11) giustamente ritiene che agli effetti dell'appello parti devono considerarsi tutti coloro che sono stati attori o convenuti o sono intervenuti nella causa spontaneamente o coattivamente. - La circostanza di aver fatto valere le proprie ragioni — egli dice — è affatto accidentale; taluno può essersi presentato senza addur parola di difesa, può essersi rimesso alla giustizia del magistrato, può infine essersi tenuto lontano dal giudizio, sebbene regolarmente chiamato. Tutte queste eventualità non tolgono che virtualmente ed in perfetto senso giuridico la lite siasi svolta in di lui confronto, e che lo si debba presumere appieno informato di tutto quanto nella medesima si è detto e fatto ».

Ma la qualità di parte nel giudizio di prima istanza (in quel senso più ampio sopra indicato) non basta da sè sola a giustificare il diritto di appellare contro la sentenza di primo grado: essendo l'appello uno degli svolgimenti dell'azione giudiziaria, la cui misura è l'*interesse*, colui che è stato parte in primo grado in tanto potrà valersi della facoltà di appellare in quanto vi abbia interesse.

L'indagine, quindi, volta a determinare l'estensione della rispettiva facoltà di appello del terzo molestante, del garantito e del garante, si

---

(9) MORTARA, *App. civ.*, n. 16.

(10) Op. cit., pag. 56.

(11) *App. civ.*, n. 18. L'intervenuto in causa, volontariamente o coattivamente, non può considerarsi terzo di fronte alla sentenza. V. CHIOVENDA, *Principii* (3.ª ediz.), pag. 1010.

ridurrà a una indagine sulla qualità di *parte* in ciascuna di queste tre persone, e sull'*interesse* che ciascuna abbia a ottener la riforma della sentenza su i diversi punti da essa decisi.

249. — Suppongasi, come al solito, che, essendo stata proposta la chiamata in garantia nel termine stabilito, la causa di garantia tra *B* garantito e *C* garante si sia riunita alla causa di molestia tra *A* terzo molestante e *B* garantito. Riassumiamo qui, secondo le varie situazioni processuali cui l'atteggiamento dei litiganti può dar luogo, tutti i prevedibili modi coi quali la sentenza può definire le varie controversie unite in un giudizio apparentemente unico.

Tanto trattandosi di garantia semplice quanto trattandosi di garantia formale, può accadere:

a) che, essendosi *C* reso contumace o essendo comparso soltanto per negare l'obbligo di garantia, la sentenza abbia condannato *B* a favor di *A* nella questione di molestia, e *C* a favor di *B* nella questione di garantia;

b) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia assolto *B* dalla domanda di molestia di *A*, e *C* dalla domanda di garantia di *B;*

c) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia condannato *B* a favor di *A* nella questione di molestia e assolto *C* dalla domanda di *B* nella questione di garantia;

d) che, essendosi *C* unito attivamente alla difesa di *B* contro *A* nella questione di molestia, la sentenza abbia associato, nei diversi casi già contemplati, *C* con *B* nella sconfitta o nella vittoria sulla questione di molestia;

e) che, essendosi *A* unito o sostituito a *B* contro *C* nella questione di garantia, la sentenza abbia nei casi già contemplati deciso la questione di garantia anche di fronte ad *A*.

Specialmente trattandosi di garantia formale, potrà darsi:

f) che, avendo *C* assunto la lite di molestia ed essendo *B* restato in causa come alleato, la sentenza abbia condannato *C* e *B* in favore di *A* nella questione di molestia, e *C* in favore di *B* nella questione di garantia;

g) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia assolto *C* dalla domanda di garantia di *B* e abbia condannato *B* in favore di *A* nella questione di molestia;

h) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia assolto *C* e *B* dalla domanda di molestia di *A*, e *C* dalla domanda di garantia di *B;*

i) che, avendo *C* assunto la lite di molestia ed essendo *B* uscito di causa, la sentenza abbia condannato *C* in favore di *A;*

l) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia assolto *C* dalla domanda di molestia di *A;*

m) che, essendo *B* uscito di causa, ma restato ad assistervi, la

sentenza abbia condannato *C* in favore di *A* nella questione di molestia, e *C* in favore di *B* nella questione di garantia;

n) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia assolto *C* dalla domanda di molestia di *A* e da quella di garantia di *B;*

o) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia condannato *C,* quale sostituto di *B,* in favore di *A,* ma assolto *C* dalla domanda di garantia di *B;*

p) che, essendo *B* restato in causa per rispondere di sue personali obbligazioni di fronte ad *A,* la sentenza abbia condannato *C* in favore di *A* nella questione di molestia, *B* in favore di *A* per le sue obbligazioni, *C* in favore di *B* nella questione di garantia;

q) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia condannato *C* in favore di *A* nella questione di molestia, *C* in favore di *B* nella questione di garantia, e assolto *B* dalla domanda di *A* per le sue obbligazioni personali;

r) che, nella stessa ipotesi, la sentenza abbia assolto *C* e *B* dalle domande di *A,* e *C* dalla domanda di garantia di *B.*

250. — Posti così schematicamente i diversi possibili aspetti che può presentare il dispositivo della sentenza, bisogna esaminare entro quali limiti ciascuno dei litiganti sarà ammesso a interporre appello contro la sentenza stessa. Facciamo separatamente questa indagine in confronto a ciascuna delle tre parti.

Cominciamo dal *terzo molestante* (*A*).

Siccome nel giudizio di primo grado si sono potute svolgere congiuntamente la questione di molestia, la questione di garantia e la questione relativa alle obbligazioni personali del garantito, bisogna distinguere la facoltà di appellare in relazione a queste tre diverse questioni.

Per quel che riguarda la *questione di molestia,* il terzo molestante avrà diritto di appellare tutte le volte che la sentenza respingerà la sua domanda originaria contro il garantito (*b, h, l, n, r,*); e il suo appello dovrà essere diretto contro colui che è stato suo principale contraddittore nella questione di molestia; vale a dire contro il garantito nei casi di garantia semplice o in quelli di garantia formale nei quali il garante non ha assunto la lite (*b*); contro il garante, tutte le volte in cui ci sia stata da parte sua assunzione di lite (*h, l, n, r*); contro il garante e il garantito congiuntamente quand'essi si siano alleati per combattere la domanda di molestia (*d, h*) (12).

Quando il garante si è limitato a negare l'obbligo di garantia senza prender parte attiva alla questione di molestia (*b*), potrà il terzo molestante, soccombente nella questione di molestia, chiamare in ap-

---

(12) Mortara, *App. civ.*, n. 183 e segg.

pello anche lui per quel che riguarda la questione di molestia? In generale si risponde di no a questa domanda, adducendo che l'unico convenuto e legittimo contraddittore è in questo caso il garantito, contro il quale soltanto può il terzo molestante interporre appello per ciò che riguarda la questione di molestia (13). Noi, al contrario, pensiamo che il terzo molestante, per quel che riguarda la decisione della causa di molestia, non solo possa interporre appello anche contro il garante, che nella questione di molestia figura come chiamato in causa (sempre, s'intende, congiuntamente col garantito, che resta anche in appello il principale contraddittore), ma addirittura lo debba, agli effetti della integrazione del giudizio (avanti, n. 255).

Sempre in relazione alla questione di molestia: nei casi di garantia formale, in cui il garantito sia uscito di causa, potrà il terzo molestante soccombente interporre appello *soltanto* contro di lui? (*l, n*). No, perchè la qualità di legittimo contraddittore è totalmente passata dal garantito al garante (14), contro il quale dovrà principalmente essere interposto appello sulla questione di molestia; nè diversamente si deve rispondere, secondo me, per il caso nel quale il garantito, uscito di causa, abbia assistito al giudizio, perchè anche in questo caso il garantito non è parte nella causa di molestia, nella quale il garante lo ha totalmente sostituito. Tuttavia, se il terzo molestante non può in questi casi appellare *soltanto* contro il garantito, esso può e deve (avanti, n. 255) appellare *anche* contro il garantito, per integrare il giudizio.

Per quel che riguarda la *questione di garantia*, quando il terzo molestante vede accolta la propria domanda di molestia contro il garantito, il quale resta soccombente nella questione di garantia (*c, g, o*), avrà egli diritto di appellare contro quel capo della sentenza che libera il preteso garante dalla domanda di garantia? Di regola no, perchè il terzo molestante non è ordinariamente parte nella questione di garantia (dietro, n. 207), e quando la sua domanda di molestia è accolta contro il convenuto originario, egli non ha interesse ad occuparsi che questo convenuto ottenga o non ottenga la garantia (15). Diverso è il caso, quando il terzo molestante abbia preso parte alla questione di garantia come interveniente *ad adiuvandum* del garantito o come suo sostituto (dietro, n. 195); in tal caso (*e*), se il garante è stato assolto, il terzo molestante potrà interporre appello contro di lui per farlo condannare a prestar la garantia.

Finalmente, per quel che riguarda la speciale questione vertente in

---

(13) De Paepe, *op. cit.*, n. 80; Chauveau, loc. cit.; Dalloz, *Rép.*, v. « *Appel civil* », nn. 557-580.

(14) Mortara, *App. civ.*, n. 184; De Paepe, op. cit., n. 79; Corte Parigi, 5 marzo 1896, *Journal du Palais*, 1899, 2, 210.

(15) Chauveau, loc. cit., quesito II.

caso di assunzione di lite sulle obbligazioni personali del garantito, il terzo molestante potrà interporre appello contro il garantito tutte le volte che questi sia stato assolto da tale obbligazione (*q*).

251. — Guardiamo ora in che casi e contro chi può interporre appello il *garantito* (*B*) (16). È fuori di contestazione che il garantito, nei casi di garantia semplice o in quelli di garantia formale in cui il garante non abbia assunto la lite, potrà, in caso di soccombenza nella *questione di molestia,* interporre appello contro il terzo molestante (*a, c, g, o*); ed anche quando il garante abbia assunto la lite, il garantito restato in causa per rispondere di obbligazioni personali, potrà appellare contro il terzo molestante, per quel che riguarda *la questione sorta su tale obbligazione* (*p*).

Ugualmente nella *questione di garantia* il garantito potrà appellare contro il garante, tutte le volte che la domanda in garantia sia stata respinta senza che sia stata rigettata la domanda originaria del terzo molestante; in tali casi il garantito potrà interporre appello contemporaneamente contro il terzo molestante e contro il garante (*c, g, o*). Ma quando la sentenza abbia respinto la domanda di molestia e la domanda di garantia (*b, h, n, r*), occorre distinguere due casi: o la domanda di garantia è stata respinta solo perchè è stata respinta la domanda di molestia, e in tal caso il garantito non avrà interesse ad appellare contro il garante (17), perchè tale rigetto non gli impedisce di riproporre la sua azione di garantia quando la domanda di molestia sia riproposta e accolta in appello; o la domanda di garantia è stata respinta per ragioni di intrinseca infondatezza, che sarebbero esistite anche quando la domanda di molestia fosse stata accolta, e allora potrà il garantito appellare contro il garante, allo scopo di evitare sulla questione di garantia una cosa giudicata che sarebbe poi irrevocabile, anche in caso di appello del terzo molestante nella questione di molestia.

Potrebbero nascere dei dubbî sul diritto del garantito ad appellare nella questione di molestia nei casi in cui la sentenza accoglie tanto la domanda di molestia quanto la domanda di garantia; si può infatti pensare che l'accoglimento della garantia distrugga nel garantito ogni interesse a ottener la riforma della condanna principale, poichè dagli effetti di questa condanna deve tenerlo indenne il garante; ma giustamente osserva lo Chauveau (18) che, nei casi di garantia formale, il garantito può preferire la cosa di cui verrebbe spogliato al risarcimento che gli verrebbe dal garante, senza contare che il garante può

(16) Chauveau, loc. cit., quesito IV.

(17) V. Cass. Torino, 16 giugno 1887, *Giur. tor.*, 1887, 560.

(18) Loc. cit., quesito IV; De Paepe, op. cit., n. 81.

essere insolvente: parimente, anche nei casi di garantia semplice, il garantito potrà, nonostante che sia stata accolta la sua domanda contro il garante, appellare contro il terzo molestante per impugnare la validità sia dell'obbligazione principale, sia di quella di fidejussione (19).

Nei casi di garantia formale in cui il garantito è restato in causa, è evidente che egli potrà interporre appello contro il terzo molestante per la questione di molestia; ma lo potrà ugualmente nei casi in cui sia uscito di causa? (*i, m, o,*) (20).

Nel diritto romano si trova espressamente considerato il caso: quando il garante assuntor della lite resta soccombente, il garantito ha diritto di appellare, potendo non essere abbastanza tutelato dal regresso contro il garante, qualora costui sia insolvente; se poi appella il garante, ma, nel trattare in appello, dà luogo a sospetti per il suo modo di difender la lite, può la difesa esser riassunta dal garantito. Dice infatti la l. 4, § 3, D. *de appell. et rel.*, XLIX, 1, « *Si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas: quid enim si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? Quin etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emptori committenda est, atque si ipse appellasset* ».

Nel nostro diritto, abbiamo detto che, per potere appellare contro una sentenza, bisogna: 1) essere stato parte nel giudizio di primo grado; 2) avere interesse alla riforma della sentenza stessa. Che il garantito abbia interesse ad opporsi alla sentenza che condanna il garante assuntor della lite nella questione di molestia non è difficile a comprendersi, quando si rifletta che, per l'art. 200 Cod. proc. civ. (dietro, n. 235), tal sentenza è esecutiva principalmente contro il garantito. Più difficile sembra l'ammettere nel garantito uscito di causa la qualità di parte nella questione di molestia: coloro che vedono nel garante assuntor della lite un rappresentante del garantito, dicono che il garantito, se non è stato materialmente parte nel giudizio di primo grado, vi è stato però rappresentato dal garante, e deve quindi essergli consentito il diritto di appellare anzichè quello di fare opposizione di terzo (21). Secondo noi il garante assuntor della lite è un sostituto del garantito (dietro, n. 211), che fa valere il diritto di lui in nome proprio

---

(19) MORTARA, *App. civ.*, n. 42.

(20) Il disegno di Revisione Belga lo nega: avanti, n. 273; il CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pag. 1013 e 1016, insegna che a colui che ha avuto un sostituto processuale spetta, in caso di frode, l'opposizione di terzo (avanti, n. 276 e nota); contro GALLUPPI, *Teoria della opp. del terzo*, n. 133.

(21) MORTARA, *App. civ.*, n. 43; MATTIROLO, op. cit., IV, n. 801, nota 1; PISANELLI, *Comm. Cod. proc. civ. Sardo*, IV, CLXVIII; GARSONNET, op. cit., § 2111, 1°; DE PAEPE, op. cit., n. 79; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Appel civil* », n. 565. Contro: CHAUVEAU, loc. cit., quesito IV, secondo il quale l'appello del garantito non avrebbe alcuna efficacia.

e quindi non lo rappresenta; ciò non ostante riteniamo che, poichè la sentenza pronunciata contro il garante assuntor della lite non costituisce contro il garantito un semplice *pregiudizio* (nel senso in cui tale espressione è usata dall'articolo 510 Cod. proc. civ.: avanti, n. 277 *), ma addirittura produce contro di lui gli effetti della cosa giudicata, non si possa negargli la facoltà di appellare contro tale sentenza, che ha deciso sostanzialmente sul diritto di lui, quantunque fatto valere da un altro.

Agli effetti del diritto di appellare contro il terzo molestante, non occorre distinguere se il garantito, uscito di causa, si sia o non si sia valso del suo diritto di assistere al proseguimento del giudizio, chè il diritto di appellare sulla questione di molestia gli compete ugualmente in tutti e due i casi, derivando dal rapporto di sostituzione che passa tra lui e il garante; ma tale assistenza dovrà invece essere considerata, per stabilire se il garantito messo fuori di causa ha diritto di appellare contro il garante sulla questione di garantia. Infatti, se il garantito è uscito totalmente di causa (*i*), la questione di garantia si è estinta in quella sede e potrà risorgere soltanto in un nuovo giudizio di primo grado; se il garantito ha assistito alla causa (*o*), rimanendo parte solo nella questione di garantia (dietro, n. 222), egli potrà col proprio appello far risorgere in secondo grado anche la questione di garantia contro il garante.

252. — Resta in ultimo da stabilire in che casi e contro chi può interporre appello il *garante* (*C*).

Il garante semplice e il garante formale che non abbia assunto la lite, potrà appellare contro il garantito nella questione di garantia tutte le volte che la sentenza abbia ammesso l'obbligo di garantia (*a*); il garante formale che abbia assunto la lite potrà appellare nella questione di molestia contro il terzo molestante, e nella questione di garantia contro il garantito, tutte le volte in cui la sentenza abbia accolto le domande del terzo molestante, riconoscendo, insieme, l'obbligo di garantia (*f*, *m*, *p*, *q*), e soltanto contro il terzo molestante quando, essendo il garantito uscito del tutto di causa, la questione di garantia si sia estinta in quella sede (*i*).

Il garante potrà interporre appello nella questione di garantia anche contro il terzo molestante, tutte le volte che costui sia intervenuto in essa o si sia sostituito al garantito (*e*).

Ma potrà il garante semplice o il garante formale che non abbia assunto la lite, interporre appello sulla questione di molestia contro il terzo molestante? (22). Bisogna distinguere due casi: 1) che il ga-

(22) Il disegno di revisione Belga risponde affermativamente. Avanti, n. 273.

rante nella questione di garantia sia stato soccombente; 2) che il garante nella questione di garantia sia stato assolto.

Nel primo caso, siccome in tanto viene condannato il garante a prestar la garantia in quanto il garantito è restato soccombente nella questione di molestia, è evidente che il garante avrà interesse a far riformare la sentenza nella questione di molestia, affinchè l'assoluzione del garantito dalla domanda del terzo molestante produca per necessaria conseguenza l'assoluzione del garante dalle domande del garantito; ciò ugualmente in garantia semplice (23) e in garantia formale, e così nella ipotesi che il garante si sia in primo grado alleato al garantito nella questione di molestia (*d*), nel qual caso egli vi ha assunto la qualità specifica di parte, come nella ipotesi in cui il garante si sia limitato in primo grado a negare il suo obbligo di garantia (*a*), nel qual caso egli ha figurato nella questione di molestia come chiamato in causa, qualità che, per ciò che riguarda l'appello, equivale alla qualità di parte in causa (dietro, n. 207) (24).

Nel secondo caso, quando il garantito è stato condannato nella questione di molestia e il garante è stato assolto nella domanda di

---

(23) Tuttavia la giurisprudenza esita maggiormente a riconoscere tal diritto al garante semplice che non al garante formale. V. Trib. Frosinone, 9 febbraio 1886, *Gazz. proc.*, XXI, 142; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Appel civil* », n. 569.

(24) MORTARA, *Appello civile*, n. 42; MATTIROLO, op. cit., IV, n. 803; PISANELLI, op. cit., IV, CLXIX-CLXX; GARSONNET, op. cit., § 2111, e giurisprudenza alla nota 13; BONCENNE, op. cit., III, 426; CARRÉ, op. cit., art. 184; DE PAEPE, op. cit., nn. 82-85, che tratta estesamente la questione, confutando varî giudicati belgi in senso contrario: questo autore ritiene che il diritto di appello contro il terzo molestante appartiene al garante solo in quanto egli appelli anche contro il garantito per la questione di garantia (n. 85); io non vedo tale necessità, perchè l'appello sulla questione di molestia riporta necessariamente in discussione anche la questione di garantia (avanti, n. 272). V. anche DALLOZ, *Rép.*, v. « *Appel civil* », n. 567 e segg.; RODIÈRE, TALAUDIER ivi citati. Contro: CHAUVEAU, loc. cit., quesito I; RICCI, *Giudizî pendenti in rapporto dei terzi*, n. 49. Giurisprudenza italiana in senso favorevole: Cass. Firenze, 17 luglio 1867, *Annali*, 1868, 1, 259-60, con nota ov'è fatta la rassegna della giurisprudenza italiana precedente; Cass. Napoli, 13 novembre 1877, *Gazz. proc.*, XII, 548; Cass. Torino, 5 dicembre 1881, *Annali*, 1881, 1, 550; App. Trani, 21 marzo 1883, *Foro it.*, 1883, 1, 270; Cass. Torino, 13 marzo 1883, *Giur. tor.*, 1883, 525; Cass. Napoli, 23 gennaio 1884, *Foro it.*, 1884, 1, 143 (tanto per la g. formale quanto per quella semplice); Cass. Napoli, 22 gennaio 1887, *Legge*, 1887, 1, 663; App. Venezia, 2 agosto 1887, *Temi ven.*, 1887, 445, con estesa nota; Trib. Perugia, 16 aprile 1888, *Legge*, 1888, 2, 520; App. Venezia, 6 agosto 1891, *Temi ven.*, 1891, 526; App. Genova, 5 marzo 1894, *Giurista*, 1894, 182; App. Catanzaro, 25 aprile 1894, *Temi cal.*, 1895, 15; App. Napoli, 16 dicembre 1895, *Mov. giur.*, 1895, 456; App. Genova, 27 giugno 1898, *Gazz. giur. it.*, 1898, 211; Trib. Perugia, 17 settembre 1904, *Legge*, 1904, 2443. Tale facoltà è negata da alcuni giudicati al garante che in prima istanza si è limitato a negare il suo obbligo di garantia. V. Cass. Firenze, 30 giugno 1903, *Annali*, 1903, 366.

garantia, potrà il garante appellare contro il terzo molestante, per far respingere in secondo grado la domanda da questo proposta contro il garantito?

Il MORTARA, che tratta esaurientemente questa materia, risponde in senso affermativo tanto per il garante semplice quanto per il garante formale (25). In quanto al garante semplice, dice il MORTARA che il suo « interesse a far giudicare la efficacia od inammissibilità della pretesa dell'attore sarà sempre giustificabile, una volta che è stato chiamato ad intervenire nel contraddittorio ed a proporvi le proprie ragioni, le quali potevano per l'appunto estendersi non solo ad impugnare l'obbligo della garantia, ma ancora a contestare il debito principale »; lo stesso per il garante formale, « sia perchè egli già contestò o potè contestare su di esso in prima istanza, sia perchè non è detto che la reiezione della domanda di garantia lo liberi da qualunque ulteriore molestia per parte del garantito ».

Tale opinione del MORTARA ci ha da principio lasciati dubbiosi, e convinti anzi della opinione contraria (26). Pur non negando, infatti, che il garante anche come semplice chiamato in causa abbia avuto in primo grado la qualità di *parte* necessaria all'appello, ci è parso che nell'ipotesi in esame difettasse in lui l'*interesse* ad appellare.

Lo scopo principale al quale il garante nel giudizio di primo grado ha mirato è stata la reiezione della domanda di garantia proposta a suo carico; ed anche se, in tal giudizio, egli ha potuto allearsi al garantito per contrastar le pretese del terzo molestante, ciò ha fatto soltanto per precauzione, per eccesso di difesa, per poter trovare una via di scampo anche nella ipotesi dannatissima che l'obbligo di garantia venisse riconosciuto. Ma, quando la sentenza ha dichiarato che tale obbligo non sussiste, sembra che debba cessare del tutto nel preteso garante l'interesse ad allearsi col garantito, fingendo momentaneamente di dovergli la garantia: il preteso garante che in primo grado porta difese nella questione di molestia, fa questo ragionamento: « Io non sono tenuto alla garantia; ma, supponendo per un momento di esservi tenuto, sostengo che le pretese avanzate contro il garantito debbono esser respinte ». Ora, com'è ammissibile che un simile ragionamento venga fatto dal garante, quando una sentenza, accogliendo la tesi, ha reso inutile la ipotesi? La sentenza che assolve in primo grado il preteso garante dalla domanda di garantia, viene a renderlo perfettamente estraneo alla questione di molestia: se egli, in primo grado, fu parte in questa controversia e vi portò attive difese, lo fece soltanto accettando un presupposto, che ora non ha più ragione di esistere. Seguendo queste ragioni, adunque, parve a noi che il

(25) *Appello civile*, nn. 42-43.

(26) V. la mia *Appendice*, citata, n. 81 in fine.

garante assolto dalla domanda di garantia non possa appellare contro il terzo molestante vittorioso nella questione di molestia; a meno che il garantito, interponendo appello contro il garante per la questione di garantia, faccia risorgere in lui l'interesse ad appellare sulla questione di molestia (27).

Senonchè all'opinione del MORTARA accediamo ora in virtù di sopravvenute considerazioni. Per dire che il preteso garante assolto dalla domanda di garantia non ha interesse ad appellare contro il terzo molestante nella questione di molestia, bisognerebbe riferirci soltanto al caso in cui la decisione che respinge la domanda di garantia *fosse passata in giudicato;* ma finchè tal decisione è sottoposta all'appello del garantito, non si può negare che da un momento all'altro possa rinascere nel garante l'interesse ad appellare nella questione di molestia come conseguenza dell'appello interposto dal garantito nella questione di garantia. Ciò posto, bisogna concludere che l'interesse del garante ad appellare nella questione di molestia esiste anche prima dell'interposizione di appello fatta dal garantito nella questione di garantia, *in previsione che tale interposizione possa verificarsi.* Un esempio pratico mostrerà meglio la fondatezza di tale conclusione: essendo stata in primo grado accolta la domanda di molestia di *A* contro *B* assistito da *C*, e respinta la domanda di garantia di *B* contro *C*, *A* notifica la sentenza a *B* ed a *C*, il che non fa decorrere i termini d'appello tra *B* e *C* per quel che riguarda la questione di garantia (avanti, n. 262); accade in tal modo che, di fronte a *C* sta per scadere il termine per appellare nella questione di molestia contro *A*, mentre di fronte a *B* non è ancora cominciato a decorrere il termine per appellare nella questione di garantia contro *C*. Evidentemente *C*, per tutelare il suo interesse, potrà appellare contro *A* prima che il termine scada, anche se *B* non ha ancora appellato contro di lui per la questione di garantia; altrimenti, se lasciasse scadere il termine per attender l'appello di *B* nella questione di garantia, non avrebbe più modo di appellare contro *A* nella questione di molestia (28).

Il diritto che il garante semplice o il garante formale che non abbia assunto la lite ha di appellare anche contro il terzo molestante, devesi riconoscere ugualmente al garante che sia stato condannato in contumacia a prestar la garantia, poichè dal fatto della contumacia non è certamente diminuito, anzi in un certo senso è aumentato, il suo interesse a far riformare la sentenza su ciò che riguarda la questione di molestia (29).

---

(27) GARGIULO, *Appellazione*, n. 86.

(28) DE PAEPE, op. cit., n. 88.

(29) App. Venezia, 27 dicembre 1888, *Temi ven.*, 1889, 162. Contro: MOMI-

253. — In tutti quei casi nei quali il garante può appellare sulla questione di molestia, esso deve esser libero di proporre in appello, anche per la prima volta, tutti quei mezzi di difesa che meglio valgano a far respingere le pretese del terzo molestante. Egli potrà dunque, anche se in primo grado si limitò a negare la garantia, portare in appello argomenti contro il terzo molestante, i quali non ledano l'art. 490 Cod. proc. civ. (30); e, se si tratta di garantia formale, egli potrà per la prima volta assumere la lite, sebbene in primo grado abbia lasciato al garantito il carico della difesa.

Ugualmente, nelle relazioni processuali contro il garantito, potrà il garante portare per la prima volta in appello ragioni di inammissibilità della domanda in garantia (31); è stato però giudicato che il garante non può in secondo grado domandare di esser posto fuori di causa, se non si è gravato contro il capo della sentenza che ordinò l'unione della causa di garantia con quella di molestia (32).

254. — Tutto ciò che si è detto finora riguarda soltanto i vari casi possibili quando la questione di molestia e la questione di garantia si svolgono insieme, in un giudizio apparentemente unico. Ma quando le due questioni si svolgono separatamente, nessuna complicazione può sorgere per determinare la facoltà d'appello, che sarà riserbata per ciascuna questione alle due parti in causa. Potrà accadere tuttavia che, anche separate le due cause, il garante seguiti a figurare come chiamato in causa nella questione di molestia: in tal caso anche egli potrà appellare contro il terzo molestante vincitore ed esser soggetto passivo dell'appello interposto dal terzo molestante soccombente.

255. — Visto così qual è l'estensione della facoltà d'appello in ciascuno dei tre litiganti e contro chi nelle singole questioni tale facoltà può esercitarsi, guardiamo quale influsso abbia su di essa l'istituto processuale della *integrazione del giudizio.*

Dispone l'art. 469 Cod. proc. civ. che « *quando le parti, che abbiano interesse ad opporsi alla domanda di riforma o annullamento di una sentenza siano più, la domanda si deve proporre contro tutte. Se la domanda sia proposta contro alcune soltanto delle parti interessate ad opporsi, il giudizio si deve integrare coll'intervento delle altre,*

GLIANO, op. cit., n. 49; CABERLOTTO, op. cit., n. 85; Cass. Torino, 22 febbraio 1890, *Giur. tor.*, 1890, 449 con lunga nota.

(30) MORTARA, *Appello civile*, n. 765; Cass. Torino, 5 dicembre 1881, *Annali*, 1881, 1, 550, già citata; App. Genova, 7 marzo 1884, *Legge*, 885, 1, 236; App. Venezia, 2 agosto 1887, già citata.

(31) App. Genova, 30 luglio 1909, *Temi gen.*, 1909, 470.

(32) App. Bologna, 28 novembre 1902, *Foro bol.*, 1902, 13.

salvo che, trattandosi di cosa divisibile, quegli che propone la domanda dichiari di accettare la sentenza riguardo a queste ».

Affinchè si possa parlare di una integrazione del giudizio, occorrono, come da questo articolo si rileva, due condizioni:

1) domanda d'appello fatta dal soccombente contro una delle parti vincitrici;

2) esistenza, nelle altre parti vincitrici, di un interesse ad opporsi alla riforma della sentenza e quindi alla domanda dell'appellante (33).

Potrà dunque verificarsi il caso della integrazione del giudizio in materia di garantia, tutte le volte che l'appello interposto da una delle tre parti contro un'altra susciti nella terza parte un interesse *contrario* a quello che muove la parte appellante. Ciò accadrà specialmente quando, essendo il terzo molestante restato soccombente nella questione di molestia, egli interponga appello contro la sentenza di primo grado: in tal caso avranno interesse ad opporsi alla domanda di riforma della sentenza tanto il garantito quanto il garante, i quali entrambi, per la soccombenza del terzo molestante, sono stati vincitori in primo grado.

Si possono distinguere due casi:

1) garantia semplice, o garantia formale senza assunzione di lite da parte del garante;

2) garantia formale con assunzione di lite.

Nel primo caso il vero contraddittore del terzo molestante nella questione di molestia è il garantito, cosicchè contro di lui principalmente il terzo molestante soccombente in prima istanza deve interporre appello (dietro, n. 250); ma dovrà l'appellante, in base all'art. 469, chiamare in appello anche il garante? Lo CHAUVEAU (34) ritiene di no: « Che importa all'attore principale che il garante sia in causa o non vi sia? Che importa a lui che il convenuto condannato ottenga o non ottenga la sua garantia? ». Secondo noi, al contrario, il garante, abbia o non abbia in primo grado portato dirette difese contro il terzo molestante, ha sempre un interesse a opporsi all'appello di questo, poichè, se il terzo molestante riuscisse a far riformare in senso sfavorevole al garantito la questione di molestia, potrebbe nel garantito risorgere l'interesse a chieder la garantia al garante. « L'appellante — scrive il MORTARA (35) — deve citare tutti coloro che hanno interesse ad opporsi alla riforma della sentenza. Impossibile non comprendere

---

(33) V. MATTIROLO, op. cit., IV, nn. 381-382; MORTARA, *Appello civile*, n. 296 e segg.

(34) Loc. cit., quesito II.

(35) *Appello civile*, n. 319.

in questa designazione il chiamato in garantia che fu assolto, giacchè l'appello rimette *virtualmente* in questione l'istanza per garantia ». Riteniamo dunque che il terzo molestante soccombente, se appella contro il garantito nella questione di molestia, deve, per ciò che riguarda tale questione, citare anche il garante, il quale ha interesse a opporsi all'appello; altrimenti si dovrà ordinare la integrazione del giudizio (36). Si osservi peraltro che l'interesse nel garante a opporsi a tale appello esiste in quanto tale appello può persuadere il garantito a riproporre la sua domanda di garantia; ma se il garantito non potesse più riproporre in appello la sua domanda in garantia contro il garante, perchè, nei rapporti intercedenti tra loro due, la sentenza di primo grado è ormai passata in giudicato (se, per esempio, il garante ha notificato la sentenza al garantito e costui non ha appellato entro il termine sulla questione di garantia) allora non esisterebbe più nel garante l'interesse a opporsi all'appello sulla questione di molestia, la cui decisione più non lo riguarda, ed allora il terzo molestante non dovrebbe più citare in causa anche il garante (37).

Con criterî analoghi deve considerarsi il secondo caso, in cui, avendo in primo grado il garante formale assunto la lite, il terzo molestante sia restato soccombente: se questi vuole appellare, dovrà chiamare in appello non solo il garante — che è il contraddittore principale — ma anche il garantito, il quale, come, in caso di soccombenza del garante avrebbe interesse ad appellare contro la sentenza di primo grado, pur non avendo personalmente preso parte al giudizio (dietro, n. 251), così ha interesse ad opporsi alla riforma di una sentenza che, per quanto emanata formalmente in nome del garante, torna in sostanza tutta a suo favore (38).

Di integrazione del giudizio non è luogo a parlare per quello che riguarda la questione di garantia: se il garante appella contro la sentenza che lo condanna a prestar garantia al garantito, non dovrà chiamare in giudizio anche il terzo molestante, estraneo a tal controversia, salvo il caso di intervento o di surrogazione di questo nella

---

(36) App. Brescia, 8 febbraio 1875, *Mon. trib.*, 1875, 308; App. Genova, 31 dicembre 1881, *Eco gen.*, 1882, 290; App. Bologna, 29 giugno 1883, *Annali*, 1883, 2, 453; Cass. Firenze, 4 luglio 1898, *Temi ven.*, 1898, 443; Cass. Palermo, 16 novembre 1901, *Foro sic.*, 1901, 613; Cass. Torino, 21 dicembre 1904, *Giur. tor.*, 1905, 1004; Id., 21 dicembre 1905, *Mon. trib.*, 1906, 250. Contro: GARSONNET, op. cit., § 2111, 2°; DE PAEPE, op. cit., n. 80. Giustamente si trova deciso che se il terzo molestante non abbia nel caso in esame chiamato in appello anche il garante, ben può costui intervenire volontariamente nel giudizio d'appello (Cass. Torino, 29 marzo 1884, *Giur. tor.*, 1884, 325).

(37) Citata sentenza Cass. Firenze, 4 luglio 1898.

(38) MORTARA, *Appello civile*, n. 319.

questione di garantia (dietro, n. 195) (39); parimente, se il garantito appella contro la sentenza che assolve il garante dalla domanda di garantia, il giudizio non dovrà essere integrato col chiamarvi il terzo molestante (40).

§ 2. — *Facoltà d'appello delle parti in causa considerate nei reciproci rapporti.*

256. — Dopo avere determinato la misura della facoltà di appello in ciascuna delle tre parti in causa separatamente considerate, si deve ora, per trarne le giuridiche conseguenze, mettere in relazione la facoltà di appello di ciascuna delle tre parti colla facoltà di appello delle altre due; e vedere se, a modificare la facoltà d'appello in ciascuna delle tre parti, possa avere efficacia:

a) l'inattività delle altre due parti, che non interpongono appello;

b) l'attività delle altre due parti, che si valgono della loro facoltà di appellare.

257. — *A*) Facoltà d'appello di ciascuna delle tre parti in causa in relazione all'inattività delle altre due parti.

Supponendo, secondo il solito, che la questione di molestia e la questione di garantia siano state trattate in uno stesso giudizio e decise da una stessa sentenza, poniamo che uno dei tre litiganti non si valga del diritto che gli spetterebbe di appellare contro la sentenza stessa, su quei capi e in quei limiti già da noi determinati: potrà questa sua inerzia influire anche sulle altre due parti in causa, limitando o addirittura distruggendo la facoltà di appello già ad esse spettante?

Per rispondere a questa domanda, bisogna esaminar la questione in relazione:

a) all'*acquiescenza;*

b) alla *decorrenza del termine per appellare.*

258. — *a*) Esaminiamo la questione anzitutto in relazione alla acquiescenza (41).

Stabilisce l'art. 465 Cod. proc. civ.: « *L'accettazione espressa o tacita della sentenza importa rinunzia al diritto di impugnarla* » (42).

---

(39) Contro: Cass. Torino, 28 febbraio 1899, *Giur. tor.*, 1899, 466; App. Venezia, 1° marzo 1911, *Foro veneto,* 1911, 187.

(40) Contro: Cass. Torino, 27 maggio 1905, *Giur. tor.*, 1905, 1001.

(41) V. Cuzzeri e Mortara, « *Acquiescenza* », *Dig. it.*, II, 1ª.

(42) L'intimazione della istanza in garantia verso un terzo, dopo la soccom-

Simile rinuncia, naturalmente, potrà esser fatta soltanto nei rapporti personali, vale a dire essa avrà efficacia soltanto contro colui che l'ha fatta. Per questo, di fronte a una sentenza che interessa più parti, l'acquiescenza di una parte non pregiudicherà affatto il diritto di appellare nelle altre, giusta il principio romano: « *Si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit, alterius petitioni non praejudicatur* » (43).

Questo sì evidente principio, che pure è stato dibattuto in materie di obbligazioni indivisibili, è integralmente applicabile anche alle complicazioni processuali nascenti dalla chiamata in garantia; in ciascuna delle tre parti, che abbia diritto ad appellare contro la sentenza di primo grado nei modi e nella misura già determinati, tal diritto non potrà venir meno per la rinuncia all'appello fatta da una delle altre due. Infatti, quando si è stabilito che il diritto ad appellare esiste in una parte, non si può assolutamente concepire che questo diritto venga a cessare per il fatto di un terzo.

Ciò nonostante, possono nascer dubbî su due punti:

1) se l'acquiescenza del garantito nella questione di molestia tolga al garante il diritto di appellare nella stessa questione;

2) se l'acquiescenza del garante assuntor della lite nella questione di molestia tolga al garantito il diritto di appellare nella stessa questione.

259. — Al primo quesito risponde affermativamente lo Chauveau, con un ragionamento che ha un'apparenza di infondatezza: « Ma come, egli dice (44), l'attore principale non deve trovare nella acquiescenza del suo vero avversario, una perfetta sicurezza? Dal momento che ha ottenuto da lui l'adempimento della sua domanda, deve egli preoccuparsi delle contestazioni particolari che possono esistere tra il garantito e il garante? ». Ma, si badi bene, lo Chauveau risponde così a tale quesito, perchè egli nega in ogni caso al garante il diritto di appellare contro il terzo molestante (dietro, n. 252): ora è naturale che, adottando tale sistema, a miglior ragione si deve ritenere che il garante non può più appellare sulla questione di molestia dopo l'acquiescenza del garantito.

Ma quando, al contrario, si ritiene che il garante, condannato a prestar la garantia, ha *in ogni caso* diritto di appellar direttamente

---

benza in primo grado, non costituisce un atto di tacita acquiescenza. App. Catanzaro, 15 gennaio 1869, *Annali*, 1869, 2, 44: « Colui che, condannato in prima istanza, crede di suo interesse intimare un terzo in garantia per essere rilevato dalle querele della condanna, non viene con ciò ad accettare la sentenza condannatoria, nè perde il diritto di interporre appello verso la parte vincitrice ».

(43) L. 63, D. *de re jud.*, XLII, 1.

(44) In Carré, op. cit. quest. 1581 *quater*, quesito II.

contro il terzo molestante (diritto ben distinto e indipendente dal diritto di appello che sulla stessa questione abbia il garantito), si deve anche ritenere che *in ogni caso* tal diritto non gli può essere menomato dalla rinuncia del garantito, che non è certamente un suo rappresentante. Questo è il principio che vigeva nel diritto romano, ov'è detto che « *venditoris fideiussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant* » (45); questo è anche il principio accolto dal PISANELLI (46), il quale dice che « quando si riconosce nel garante la facoltà di appellare contro l'attor principale, non si può decidere che il suo appello sia ostacolato dall'acquiescenza del garantito; perocchè non si può far dipendere il diritto che compete a taluno dal fatto di un terzo ». In base a questo principio, non sappiamo comprendere come il MATTIROLO (47), al quale si associano, riportando senz'altro le sue parole, il CUZZERI e il MORTARA (48), possa, distinguendo il caso dell'assunzion della lite da parte del garante dal caso in cui il garante abbia soltanto negato l'obbligo di garantia, attribuire nel secondo caso all'acquiescenza del garantito la virtù di togliere al garante il diritto d'appello sulla questione di molestia. Il MATTIROLO (49) riconosce, come si è detto altrove (dietro, n. 252) nel garante il diritto di appellare direttamente contro l'attore « perfino se la sentenza non contenga alcuna diretta pronuncia contro di lui, ma solo contro il garantito »; il MORTARA (50) poi riconosce cotal diritto al garante perfino quando in primo grado è stato assolto dal suo obbligo di garantia. Or come fanno questi due autori, dopo aver con tanta estensione riconosciuto nel garante il diritto di appellare *in tutti i casi* nella questione di molestia (indipendentemente dall'atteggiamento che abbia tenuto in primo grado), ammettere che questo diritto possa venir meno per l'atto di un terzo qual è il garantito? Il diritto ad appellare esiste o

---

(45) L. 5, D. *de appel. et rel.*, XLIX, 1.

(46) *Comm. Cod. proc. civ. Sardo*, IV, CCLIV. Conformemente: BORSARI, op. cit., art. 465, nota 12; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Acquiescement* », n. 845; e *Suppl.*, stessa voce, n. 113; *Rép.*, v. « *Appel civil* », nn. 571, 573; GARSONNET, op. cit., § 2111, 1°, 2); DE PAEPE, op. cit., n. 86, in fine. La nostra giurisprudenza ritiene che « l'attore principale non ha diritto di opporre in appello l'eccezione di cosa giudicata nei suoi rapporti col convenuto principale, che sia acquiescente alla sentenza di primo grado e pretendere di esser estromesso dalla causa ». App. Bologna, 15 giugno 1897, *M. giur. bol.*, 1897, 266. V. App. Messina, 16 agosto 1883, *Circ. giur.*, 1884, 170; App. Catanzaro, 25 aprile 1894, *Temi calabra*, 1895, 15; Cass. Napoli, 23 settembre 1902, *Mov. giur.*, 1902, 214; e 4 novembre 1902, *Trib. giud.*, 1903, 41.

(47) Op. cit., IV, n. 308.

(48) *Acquiescenza*, n. 97.

(49) Op. cit., IV, n. 307.

(50) *Appello civile*, n. 42.

non esiste nel garante; ma, se esiste, la acquiescenza del garantito non può, secondo noi, menomarlo in nessun caso.

260. — La seconda questione può sembrare più incerta della prima. Il garante assuntor della lite. infatti è divenuto in primo grado il legittimo contraddittore del terzo molestante, e a lui è affidata la trattazione della causa, tanto che si è giudicato ch'egli può transigere nella questione principale anche senza richiedere il consenso del garantito (dietro, n. 226). Ora se il garante assuntor della lite, che è stato in primo grado il sostituto del garantito, fa acquiescenza alla sentenza che accoglie le domande del terzo molestante, non avrà diritto il terzo molestante a considerare la questione come definita anche in confronto del garantito?

Anche a tale domanda bisogna risponder di no: poichè, se è vero che il garante assuntor della lite sostituisce in causa il garantito, vero è anche che il diritto ad appellare contro la sentenza esiste separatamente nell'uno e nell'altro, secondo le regole già poste: cosicchè l'acquiescenza del garante non impedirà al garantito di appellare a suo rischio e pericolo (51).

261. — *b*) Esaminiamo ora la questione in relazione alla decorrenza del termine per appellare.

L'art. 467 Cod. proc. civ. stabilisce che il termine per impugnare una sentenza decorre dalla notificazione della sentenza; cosicchè, se le parti in causa sono più di due, qualora la sentenza sia stata notificata a parti diverse in giorni diversi, ciascuno dei notificati avrà diritto all'intero termine che gli compete, decorrente dal giorno in cui gli venne fatta la notificazione. Potrà per questo accadere che una sentenza pronunciata contro più persone passi in giudicato in confronto di alcuna di queste, quando la medesima ha lasciato trascorrere il termine utile ad impugnarla, e sia invece tuttora impugnabile dalle altre, per le quali ancora non è decorso tutto il termine utile, perchè la sentenza venne loro notificata posteriormente (52).

---

(51) Cuzzeri-Mortara, op. cit., n. 98; Pisanelli, op. cit., n. CCLV. Il Mattirolo anche qui distingue tra garantito restato ad assistere alla causa e garantito uscito di causa totalmente: e, mentre crede che l'acquiescenza del garante non pregiudichi il diritto di appellare del garantito che ha assistito alla causa, crede che il garantito totalmente uscito di causa non potrà più impugnare la sentenza emanata nei soli rapporti fra il terzo molestante e il garante. Or come si concilia questa opinione coll'altra espressa dallo stesso Mattirolo, che il garantito uscito di causa conserva il diritto di appellare nella questione di molestia? (op. cit., IV, n. 309).

(52) Mattirolo, op. cit., IV, n. 344.

Applicando questo principio in materia di chiamata in garantia (53), si possono immaginare moltissimi casi pratici nei quali, essendo stata fatta dal terzo molestante vincitore la notificazione della sentenza al garantito e al garante in diversi tempi, il termine per appellare sia già scaduto per uno dei notificati e sia ancora da scadere per l'altro; oppure altri casi in cui, essendo stata notificata dal terzo molestante la sentenza alle altre due parti, ed essendo questa passata in giudicato nei rapporti vertenti tra notificante e notificati, il termine per appellare non sia ancora cominciato a decorrere o non sia ancora interamente decorso nei rapporti vertenti tra garantito e garante, poichè al garante non è stata notificata la sentenza del garantito o gli è stata notificata in ritardo (54).

262. — È regola generale che la notificazione di una sentenza non può far decorrere il termine che a beneficio di colui, a richiesta del quale è fatta, e a danno di quello, da cui è ricevuta. Tuttavia in alcuni casi, quando è materia di controversia una obbligazione solidale o indivisibile, può reputarsi che gli atti di una parte s'intendano fatti anche nell'interesse dei litisconsorti: cosicchè in simili casi si trova deciso che la notificazione della sentenza fatta da un contendente agli altri, fa decorrere il termine per appellare non solo tra notificante e notificati, ma anche tra notificati e notificati (55). Ciò, però, non si trova mai deciso in materia di chiamata in garantia, ove la giurisprudenza, applicando il principio generale che la notificazione ha efficacia solo nei rapporti intercedenti fra notificante e notificato, ritiene che: « la notificazione della sentenza, colla quale il convenuto viene condannato a favore dell'attore, ed il chiamato in garantia a favore del convenuto, che l'attore fa tanto al convenuto quanto al chiamato in garantia, non vale a far decorrere il termine ad appellare nei rapporti tra debitore e garante » (56).

---

(53) V. CHAUVEAU, loc. cit., quesiti IX, X, XI, XII.

(54) Cass Roma, 21 maggio 1877, *Foro it.*, 1877, 594.

(55) Cass. Napoli, 20 giugno 1883, *Foro it.*, 1883, 730; MORTARA, *Appello civile*, n. 1048 e segg.

(56) Cass. Roma, 11 febbraio 1855, *Foro it.*, 1885, I, 258, con estesa ed esauriente motivazione, riportata dal MORTARA, *Appello civile*, n. 1051, e con lunga nota dello SCOTTI, ove sono posti i principî che regolano la notificazione, quando le parti in causa sono più di due. V. nello stesso senso Cass. Firenze, 27 aprile 1891, *Giur. tor.*, 1891, 487; Cass. Torino, 13 dicembre 1905, *Giur. tor.*, 1906, 136. Contro App. Roma, 17 maggio 1884, *Temi rom.*, 1884, 246. Si capisce poi che tanto meno il termine per appellare tra garantito e garante decorrerebbe per la sola notificazione della sentenza fatta al garantito dal terzo molestante o dal terzo molestante al garantito: App. Catanzaro, 4 settembre 1890, *Gravina*, 1890, 207; Cass. Firenze, 15 dicembre 1890, *Giur. tor.*, 1891, 219; Cass. Torino 4 dicembre 1891, *Giur. tor.*, 1892, 17; Cass. Firenze, 16 marzo

Tale decisione è del tutto conforme all'indole del giudizio di chiamata in garantia, nel quale, se possono nascere relazioni di contraddittorio anche tra garante e terzo molestante, restano pur sempre separate e distinte, come si è visto, le due questioni parallele, di molestia e di garantia.

263. — Riassumendo, possiamo affermare che la rispettiva facoltà di appello, spettante a ciascuna delle tre parti contro l'unica sentenza che congiuntamente decide la questione di molestia e la questione di garantia, nessuna limitazione o diminuzione soffre per il fatto che le altre due parti rinuncino ad appellare o lascino inutilmente decorrere il termine per l'appello.

264. — *B*) Facoltà d'appello di ciascuna delle tre parti in causa in relazione coll'attività delle altre due parti.

Bisogna ora esaminare se la interposizione di appello fatta da una delle tre parti possa in qualche modo avere efficacia anche sulle altre due, col far risorgere in esse la facoltà d'appello che avrebbero già perduta, o l'interesse a valersi a loro volta della facoltà di appello che non avrebbero altrimenti esercitata.

Si deve tener presente anche in questa indagine che la questione di molestia e la questione di garantia, sono, sì, due questioni separate e distinte, ma hanno pur sempre tra loro — secondo i principî posti — strette relazioni di connessità e reciproci influssi: cosicchè nel giudizio di secondo grado, se può accadere che si torni a discutere di una sola questione, lasciando ferma la decisione emanata sull'altra nel giudizio di primo grado, può più spesso accadere che, risollevandosi la discussione su una, si torni a mettere in campo anche l'altra questione connessa.

Ora dobbiamo premettere che la interposizione di appello, fatta da una parte su una sola delle due questioni, può ripercuotersi sull'altra questione in due modi diversi:

a) Può darsi che l'appello, interposto da una parte su una delle due questioni, faccia semplicemente risorgere in una delle altre due parti l'*interesse* a interporre appello sull'altra questione; cosicchè nel

---

1893, *Legge*, 1893, 2, 368; Cass. Palermo, 17 marzo 1896, *Foro sic.*, 1896, 257. Lo stesso principio è stato applicato al caso in cui al terzo molestante soccombente venga fatta notificare la sentenza sopra comune richiesta del garantito e del garante vincitore; in questo caso dal dì della notificazione non decorre il termine d'appello tra garantito e garante, e, se il terzo molestante appella nella questione principale potrà appellare il garantito contro il garante, senza che costui possa eccepire nei loro rapporti la cosa giudicata: App. Roma, 11 luglio 1903, *Giur. it.*, 1903, 2, 579.

giudizio di secondo grado può ritornare in discussione anche quest'altra questione, se la parte, nel quale è risorto l'interesse a discuterne, *vuole* che essa ritorni in discussione. Cioè, in altre parole, l'appello interposto su una delle due questioni può servire di stimolo alla interposizione dell'appello anche su l'altra questione, per opera di una delle altre due parti; in modo che anche l'altra questione *potrà* essere rimessa in discussione in appello, a patto che chi vi è interessato dia opera attiva per farla risorgere, chè altrimenti, anche se la questione appellata verrà in secondo grado decisa in modo diverso da come era stata decisa in primo grado, sulla questione non appellata resterà fermo il giudizio di primo grado.

b) Può darsi altresì che l'interposizione dell'appello su una delle due questioni faccia *necessariamente* tornare in discussione anche l'altra; in modo che, anche se nessuno interpone appello su questa seconda questione, essa venga necessariamente ad esser decisa in modo diverso, se in modo diverso verrà in secondo grado decisa la questione appellata.

Posso, per chiarire questi principî, portare fin d'ora due esempi. Si abbia il solito caso di garantia semplice, in cui *B* fideiussore, citato da *A* creditore principale, chiama in garantia *C*, debitore principale. Se la sentenza assolve *B* dalle domande di *A* e, per conseguenza, *C* dalle domande di *B*, qualora *A* interponga appello contro *B* sulla questione di molestia, è evidente che *B* avrà *interesse* a interporre appello contro *C* sulla questione di garantia, e che, ove *B* interponga appello contro *C*, anche la questione di garantia tornerà in discussione in secondo grado. Ma, se *B* non interporrà appello contro *C*, in secondo grado la discussione verserà soltanto sopra la questione di molestia, non essendo necessario che, se *B* vien condannato a favore di *A* nella questione di molestia, anche *C* debba esser condannato a favore di *B*, nella questione di garantia.

Ma se, al contrario, la sentenza di primo grado ha condannato *B* in favore di *A* e, per conseguenza, *C* in favore di *B*, qualora *B* interponga appello contro *A* e, nel giudizio di secondo grado, faccia respingere la sua domanda di molestia, è evidente che anche *C*, nonostante ch'esso non abbia interposto appello contro *B*, verrà ad essere implicitamente liberato dalla domanda di garantia di *B*.

265. — *a*) Non ha bisogno di dimostrazione il già esposto principio, secondo il quale l'appello su una delle due questioni può far risorgere l'interesse nelle parti ad appellare anche sull'altra questione. Il garantito, che non ha interesse ad appellare contro il garante, quando nella questione di molestia egli è stato assolto dalla domanda del terzo molestante (dietro, n. 251), torna ad avere questo interesse quando il terzo molestante interpone appello contro di lui; il garante che può non

avere interesse a interporre appello sulla questione di molestia, quando è stato assolto dalla domanda di garantia (dietro, n. 252), torna ad avere questo interesse, quando il garantito appelli contro di lui sulla questione di garantia. In questi, e in altri casi simili, non può sorgere difficoltà se l'interposizione dell'appello sulla prima questione, in causa del quale risorge in una delle altre parti l'interesse ad appellare sulla altra questione, avviene quando questa parte interessata è sempre in tempo a interporre appello in via principale, non essendo ancora decorso contro di lei il termine per l'appellazione. Ma difficoltà potranno nascere invece nel caso in cui la interposizione dell'appello sulla prima questione avvenga (come può accadere se la sentenza è stata notificata in tempi diversi alle diverse parti) quando è già decorso tutto il termine che per appellare spettava all'altra parte, nella quale, soltanto per questa interposizione di appello, risorge l'interesse ad appellare anche sulla seconda questione.

Per risolvere questa difficoltà bisogna brevemente esaminare entro quali limiti in materia di chiamata in garantia possono avere applicazione gli istituti processuali dell'*appello adesivo* e dell'*appello incidentale,* che il nostro diritto ammette accanto all'*appello principale.*

266. — Stabilisce l'art. 470 Cod. proc. civ. che « *la domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti interessate ad impugnar la sentenza, giova alle altre per i capi nei quali hanno interesse comune, purchè intervengano nel giudizio, e facciano adesione nei modi e nei termini ecc...* ».

Mentre, quando si parlava di integrazione del giudizio, si faceva la ipotesi di un soccombente di fronte a più vincitori tutti interessati ugualmente a mantener ferma la sentenza di primo grado, quando si parla di appello adesivo si deve presupporre un vincitore di fronte a più soccombenti. Se una delle parti soccombenti appella contro la sentenza di primo grado, le altre parti soccombenti, che hanno ugualmente interesse a far riformare la sentenza di primo grado, possono aderire all'appello, ai danni dell'unico vincitore appellato; ma, mentre per appellare in via principale, ciascuno dei soccombenti dovrebbe proporre appello nel termine perentorio stabilito dalla legge, per l'appello adesivo basta che uno solo dei soccombenti interponga appello in via principale entro questo termine, e che gli altri aderiscano con comparsa, alla prima udienza in cui è trattata la causa (art. 488 Cod. proc. civ.). Cosicchè l'appello adesivo opera, in favore dei soccombenti che hanno un interesse comune coll'appellante, una *proroga* del termine d'appello (57).

---

(57) V. MATTIROLO, IV, n. 704 e segg.; MORTARA, *Appello civile,* n. 350 e segg.

Diverso da questo appello *adesivo*, è l'appello *incidentale*, regolato dagli artt. 485 capoverso ultimo e 487 Cod. proc. civ.; tale appello è quello che si muove dall'appellato contro l'appellante per la riforma di quei capi anche secondari della sentenza già appellata in via principale, che l'appellato reputa ingiustamente a sè sfavorevoli (58). Siccome una stessa sentenza può avere accolto in parte le conclusioni di uno dei contendenti e in parte le conclusioni dell'altro, può accadere che tutt'e due i contendenti si sentano gravati dalla sentenza di primo grado; cosicchè, quando una delle due parti appelli per quei capi della sentenza di primo grado che le danno torto, l'altra appella a sua volta per quei capi della sentenza che sono sfavorevoli a lei.

L'appello incidentale, adunque, presuppone l'appello in via principale di una parte contro un'altra: questa, appellata in via principale, appella a sua volta incidentalmente contro quella. L'appello incidentale per conseguenza può soltanto esser proposto contro l'appellante principale, non mai, per regola generale, contro un coappellato.

267. — Posti così, schematicamente, i principî fondamentali dell'appello adesivo e dell'appello incidentale, dobbiamo applicarli in tema di chiamata in garantia.

È evidente, anzitutto, che, ogni qual volta sia restato vincitore nella questione di molestia il terzo molestante, ed il garante, semplice o formale, sia stato condannato a prestare la garantia, tanto il garante quanto il garantito potranno rispettivamente aderire all'appello principale interposto dal garantito o dal garante contro l'unico vincitore, allo scopo unico di combattere nell'*interesse comune* la domanda di molestia proposta dal comune avversario. In tutti quei casi, che già abbiamo specificati e che sarebbe ora inutile enumerare di nuovo, in cui il diritto di appellare contro il terzo molestante spetta tanto al garante quanto al garantito, è naturale che all'appello principale, che uno dei due interporrà per il primo sulla questione di molestia, l'altro possa aderire per comunanza d'interesse: nè importa, per concedere tale facoltà, considerare, come fa acutamente il Mortara (59), quale è stato l'atteggiamento del garante in primo grado, distinguendo se si tratti di garante semplice o di garante formale, e se il garante ha semplicemente negato la sua garantia, o si è alleato col garantito o ha assunto del tutto la lite; l'unica limitazione che bisogna porre è questa: che il garante aderisca all'appello del garantito (o viceversa) *al solo scopo di combattere le pretese del terzo molestante sulla questione di molestia* (60).

---

(58) Lessona, *Manuale*, pag. 324.

(59) *Appello civile*, n. 365 e segg.

(60) Sull'adesione del garante all'appello del garantito, v.: Cass. Napoli, 15

Parimente, quando nella questione di garantia sia intervenuto anche il terzo molestante per aiutare il garantito (dietro, n. 195), se il garantito appella contro il garante assolto dalla domanda di garantia, il terzo molestante potrà aderire a tale appello, o, viceversa, il garantito potrà aderire al terzo molestante, qualora egli interponga appello nella stessa questione.

268. — Ma le difficoltà sorgono quando, essendo interposto appello in via principale da una delle parti su una delle due questioni, tale appello faccia risorgere in una delle altre due parti l'interesse a riportare in discussione anche l'altra questione. Se, per questa parte nella quale risorge l'interesse ad appellare, è ormai spirato il termine per interporre appello in via principale, potrà essa, allo scopo di far risorgere in appello anche la seconda questione, giovarsi dell'appello adesivo (61) o dell'appello incidentale?

I casi che più danno luogo a discussione sono quelli di garantia semplice o di garantia formale in cui il garantito non abbia assunto la lite, quando la sentenza assolve tanto il garantito quanto il garante, o tutt'e due li condanna.

269. — Facciamo la prima ipotesi: la sentenza ha assolto *B* dalla domanda di molestia di *A* e, per conseguenza, ha assolto *C* dalla domanda di garantia di *B*. In tale ipotesi *A* è soccombente, *B* è vincitore di fronte ad *A*, ma soccombente di fronte a *C*, *C* è vincitore. È evidente però che *B*, nonostante che sia soccombente di fronte a *C*, non ha interesse ad appellare contro di lui (eccetto il caso che la chiamata in garantia sia stata respinta per motivi di intrinseca infondatezza: dietro, n. 251), finchè *A* non propone appello sulla questione principale. Mettiamo appunto che *A* appelli in via principale contro *B;* tale appello fa risorgere in *B* l'*interesse* ad appellare contro *C*, ma secondo la distinzione fatta (dietro, n. 264) non riporta *necessariamente* in discussione la questione di garantia. Giova infatti ricordare, a questo riguardo, la proposizione già posta (dietro, n. 91), secondo la quale « se la domanda di molestia viene accolta, può ciò nonostante esser respinta la domanda di garantia ». Si domanda ora: dato l'appello di *A* in via principale

---

dicembre 1879, *Gazz. proc.*, XIV, 606; Cass. Roma, 29 gennaio 1901, *Foro it.*, 1011, 1, 530. Sull'adesione inversa del garantito all'appello del garante v.: Cass. Torino, 8 marzo 1883, *Giur. tor.*, 1883, 439; App. Napoli, 16 dicembre 1895, *Mov. giur.*, 1895, 456; App. Genova, 27 giugno 1898, *Gazz. giud. it.*, 1898, 211; contro Cass. Roma, 25 aprile 1878, *Foro it.*, 1878, 1, 394, e nota. V. De Paepe, op. cit., n. 86; Chauveau, loc. cit., quesito VII; Dalloz, *Rép.*, v. « *Appel civil* », nn. 598 a 600; *Suppl.*, nn. 123 e 125.

(61) Contro, in ogni caso, Gargiulo, *Appellazione*, n. 330.

contro *B*, potrà *B* valersi dell'appello adesivo o dell'appello incidentale contro *C* per risollevare la questione di garantia?

A rigore di termini bisogna risponder di no; per l'appello adesivo occorre una pluralità di soccombenti di fronte a un solo vincitore; occorre che il soccombente che appella in via principale contro il solo vincitore risollevi in appello una questione nella quale anche l'altro soccombente abbia un interesse comune, senza facoltà nell'aderente di riportare in campo questioni che non siano tornate in discussione per sola virtù dell'appello principale, o, tanto meno, questioni vertenti contro persone diverse dall'appellato principale. Tutte condizioni che non esistono nel caso in questione: *B* non ha di certo un interesse comune con *A*, poichè sono contraddittori nella questione di molestia, e interessati, quindi, questo alla riforma, quello al mantenimento della sentenza di primo grado; e, d'altra parte, *B*, proponendo appello adesivo all'appello principale di *A*, verrebbe a sollevare una questione non contenuta nell'appello principale e vertente contro una terza persona *C*.

Lo stesso deve dirsi per l'appello incidentale; questo può esser mosso esclusivamente dall'appellato contro l'appellante, nè potrebbe, nel caso in esame, esser rivolto dall'appellato *B* contro *C*, che non è l'appellante.

Pur tuttavia, nonostante che l'applicazione rigorosa dei principî posti conduca a concludere che l'unica forma di appello che ha il garantito, appellato dal terzo molestante, contro il garante, è l'appello in via principale (62), è ritenuto da alcuni che egli possa giovarsi dell'appello adesivo, da altri che esso possa giovarsi dell'appello incidentale.

Il Mortara (63) sostiene che il garantito può giovarsi dell'appello adesivo; « proponendo l'istanza di rivelazione, il convenuto principale si pone sulla stessa via dell'attore, *riconosce in ipotesi* il proprio debito verso di lui, per farne ricadere il peso sul garante. E quindi è matematicamente preciso il dire che egli *aderisce* all'appello dell'attore, allorchè lo estende in via condizionata a danno del garantito, essendo manifesto che l'effetto dell'adesione non può verificarsi, se non in quanto l'attore ottenga prima il trionfo del suo appello principale » (64).

Altri invece, partendo dal presupposto (negato dalla prevalente dottrina) che l'appello incidentale può proporsi in certi casi anche contro un coappellato, ritiene che al garantito nella ipotesi suddetta

---

(62) Così la Cass. Firenze, 8 maggio 1898, *Temi ven.*, 1898, 313.

(63) *Appello civile*, n. 365.

(64) Ammette l'appello adesivo del garantito l'App. Milano, 13 aprile 1910, *Mon. trib.*, 1910, 709. V. Tissier et Darras, op. cit., art. 443, n. 102.

spetti il diritto di interporre appello incidentale contro il garante (65).

« Se non del tutto contradditorio — si dice contro l'opinione del MORTARA — è per lo meno un po' strano che il convenuto appellato concluda per la conferma della sentenza appellata e quindi perchè sia respinta la domanda altrui; e nello stesso tempo, faccia adesione a questo appello stesso, ammettendo la obbligazione prima impugnata per ottenere la condanna in via di rivalsa contro al garante... È fuori di dubbio che il convenuto è soccombente di fronte al garante; adunque avrebbe potuto appellare principalmente; non lo fece, perchè gli faceva difetto quel vero e proprio interesse che anima un tale appello; ma se lo ha dovuto fare per l'appello prodotto dall'attore principale, anche contro di lui diretto, non è il caso vero e proprio di un appello incidentale? » (66).

È tuttavia evidente che l'una e l'altra opinione, più o meno utili praticamente, sono condannabili dal lato teorico e inconciliabili colla legge positiva, di cui si rileva in questo punto la manchevolezza. Tanto più apparirà la insufficienza di ambedue i pareri quanto si con-

---

(65) FRANCESCHINI, *Dell'appello incidentale dell'appellato contro il coappellato*, *Filangieri*, 1887, 1, 543, pag. 556. La giurisprudenza prevalente parla in questo caso di appello *incidentale*: Cass. Roma, 21 febbraio 1880, *Giur. it.*, 1880, 1, 414; App. Roma, 16 febbraio 1884, *Legge*, 1884, 2, 198; Cass. Napoli, 22 giugno 1888, *Legge*, 1889, 1, 119; Cass. Torino, 21 dicembre 1892, *Giur. tor.*, 1893, 151; App. Torino, 26 giugno 1893, *Giur. tor.*, 1893, 511; Cass. Torino, 21 marzo 1893, *Giur. it.*, 1893, 1, 1, 694; App. Torino, 4 dicembre 1894, *Giur. tor.*, 1895, 165; App. Palermo, 11 dicembre 1899, *Legge*, 1900, 1, 236; App. Genova, 12 luglio 1909, *Temi gen.*, 1909, 534. Una giurisprudenza abbastanza numerosa reputa che, quando il terzo molestante appella contro il garantito e contro il garante, per questo appello riviva necessariamente, senza bisogno di alcun gravame del garantito contro il garante, la controversia di garantia tra essi due: App. Torino, 10 maggio 1878, *Giur. tor.*, 1878, 434; Cass. Napoli, 22 dicembre 1879, *Gazz. proc.*, XIV, 593; Cass. Torino, 10 giugno 1884, *Giur. tor.*, 1884, 707; Cass. Roma, 15 gennaio 1884, *Legge*, 1884, 1, 277; Cass. Roma, 7 giugno 1886, *Corte Suprema Roma*, 1886, 706; App. Bologna, 16 ottobre 1886, *Legge*, 1887, 2, 128; Cass. Roma, 30 maggio 1888, *Corte Suprema Roma*, 1888, 256; Cass. Napoli, 17 marzo 1891, *Legge*, 1891, 2, 665; Cass. Roma, 10 maggio 1893, *Corte Suprema Roma*, 1893, II, 260; Cass. Roma, 31 dicembre 1896, *Corte Supr. Roma*, 1897, 3, 443; App. Genova, 10 dicembre 1898, *Temi gen.*, 1899, 11. V. in materia anche Cass. Palermo, 14 novembre 1899, *Foro sic.*, 1899, 397. Ma questa dottrina è giusta soltanto per il caso in cui nel giudizio di primo grado sia stata dichiarata cessata la ragione del contendere nella questione di garantia, *perchè* è stata respinta la domanda di molestia; non nel caso in cui la domanda di garantia sia stata respinta anche per motivi di intrinseca infondatezza (dietro, n. 251; avanti, n. 269, nota 67). La dottrina francese è contraria all'ammissibilità dell'appello incidentale in questo caso: v. GARSONNET, op. cit., § 2139; e giurisprudenza favorevole e contraria a lui, in nota 4. Ugualmente contro: DALLOZ, *Suppl.*, v. « *Appel incident* », nn. 18, 19, 20.

(66) FRANCESCHINI, loc. cit.

sideri che, anche accordando al garantito il diritto di appellare adesivamente o incidentalmente contro il garante, si dovrà limitare questo diritto entro quel termine nel quale il garantito può appellare contro il garante in via principale. Se, infatti, l'appello adesivo e l'appello incidentale danno il vantaggio di una proroga del termine per appellare, questa proroga non può concepirsi contro un terzo com'è il garante. Vale a dire se, quando il terzo molestante appella contro il garantito, la sentenza non è ancora passata in giudicato tra garantito e garante, il garantito potrà — secondo le riportate opinioni — appellare adesivamente o incidentalmente contro il garante; ma se il garante avesse in precedenza notificato la sentenza al garantito, e il terzo molestante appellasse contro il garantito quando già il termine per appellare, decorrente dalla notificazione, è già spirato nelle relazioni vertenti tra garante e garantito, è evidente che il garantito non avrebbe più modo di impugnare in confronto del garante una sentenza già passata in giudicato (67).

È poi da avvertire che, siccome l'appello adesivo e quello incidentale si propongono con comparsa contro persone già in causa, la proponibilità di queste forme di appello contro il garante in tanto è ammessa in quanto egli, secondo le cose già dette a proposito della integrazione del giudizio, sia stato citato in causa insieme al garantito dal terzo molestante (dietro, n. 255).

270. — Veniamo ora alla seconda ipotesi già posta. La sentenza ha condannato *B* in favore di *A* e *C* in favore di *B*. In tale ipotesi *A* è vincitore, *B* è soccombente di fronte ad *A*, ma vincitore di fronte a *C*, *C* è soccombente. Si può ammettere ora che contro la sentenza appelli o il solo garantito per la questione di molestia o il solo garante per la questione di garantia (68).

Se il garantito *B* appella in via principale contro *A*, già si è detto (dietro, n. 267), che il garante *C* potrà appellare adesivamente « al solo scopo di combattere le pretese del terzo molestante »; ma

---

(67) MORTARA, *Appello civile*, loc. cit. Ciò è detto, s'intende, per i soli casi in cui la domanda di garantia è stata respinta nel giudizio di primo grado per motivi di intrinseca infondatezza; se fosse stata respinta soltanto in conseguenza del rigetto della domanda di molestia, senza esame del merito, si avrebbe in questo caso una pronuncia con riserva, che non impedirebbe al garantito di riproporre quando volesse — e quindi anche in appello — la domanda di garantia, una volta che il rigetto della domanda di molestia non stesse più fermo. V. per un caso che ha con questo una certa analogia, CHIOVENDA, *Principii*, (3ª ediz.), pag. 968, nota 1.

(68) V. analisi di questa situazione in GERACE, *Dell'adesione in appello...* ecc., *Giornale delle Leggi*, IX, 220.

non potrà valersi nè dell'appello adesivo nè di quello incidentale per risollevare in appello la questione di garantia, mancandogli in tal caso la comunanza di interesse per il primo e la qualità di appellato per il secondo. Del resto *C*, anche se non aderisce all'appello contro *A*, si gioverà sempre, in base all'art. 471 Cod. proc. civ. (avanti, n. 272), della vittoria di *B* in appello. *C*, per tornare a discutere anche in sede d'appello della sua obbligazione di garantia, non avrà altro mezzo che l'appello in via principale.

Se invece, sempre nella stessa ipotesi, il garante *C* appella in via principale contro *B* per la questione di garantia, potrà *B* appellare adesivamente contro *A* per la questione di molestia? Ricordiamo a questo proposito il principio posto (dietro, n. 91), secondo il quale « il rigetto della domanda di garantia non produce mai il rigetto della domanda di molestia »; in base a tale principio lo CHAUVEAU (69), confutando una sentenza della Cassazione 18 agosto 1818, nega che l'appello del garante contro il garantito possa far perdere al terzo molestante il beneficio della cosa giudicata sulla questione di molestia. « Nè si dica — scrive questo autore — che il garantito può non avere appellato per la persuasione che il suo garante, riconoscendo, come lui, la equità della sentenza, non tenterebbe di far riformare il capo che ammette la garantia. Questa è una temeraria confidenza, di cui il garantito deve sopportare le conseguenze ». Con un ragionamento identico, gli autori italiani negano al garantito in simile caso la facoltà di appellare adesivamente: poichè il garantito non ha interesse comune col garante, ma ha anzi un interesse del tutto contrario, volto, anzichè all'accoglimento dell'appello, al suo rigetto (70).

Ma si potrebbe ammettere in questo caso l'appello incidentale? Il PISANELLI (71), secondo il quale l'appello incidentale non solo può esser mosso dall'appellato contro l'appellante principale, ma anche contro altri appellati, quando l'interesse ad appellare contro di loro nasca a causa dell'appello principale (72), crede di sì. Egli fa il caso che « il cessionario o il compratore (garantito *B*) chiami in giudizio il debitore (terzo molestante, *A*) e nel tempo stesso il cedente o il venditore (garante *C*), affinchè lo garantisca; e che, respinta la sua domanda contro il convenuto, ed accolta quella rivolta contro il garante, abbia costui appellato in via principale ». In questa ipotesi — la quale, tolta

---

(69) Loc. cit., quesito VI.

(70) MORTARA, *Appello civile*, n. 365; GERACE, scritto cit., pag. 221; Cass. Roma, 25 febbraio 1878, *Foro it.*, 1878, 394, con nota dell'avv. BACCELLI.

(71) *Comm. Cod. proc. civ. Sardo*, IV, DCXXV.

(72) PISANELLI, op. cit., IV, DCXXVII; e favorevoli a lui CUZZERI, op. cit., art. 487, nota 2; RICCI, op. cit., II, 514; FRANCESCHINI, scritto citato. Contro: MATTIROLO, op. cit., IV, n. 655; MORTARA, *Appello civile*, n. 1562 e segg.

la qualità di convenuto anzichè di attore attribuita ad *A*, è identica a quella posta da noi — il PISANELLI crede che, appellando *C* contro *B*, si debba riconoscere in *B* il diritto di appellare incidentalmente contro *A*: « dichiarando in tali congiunture inammissibile l'appello incidente del garantito, sarebbe lo stesso che costringerlo ad appellare in via principale da una sentenza che non offende i suoi interessi, pel timore che altri potesse in appresso promuovere tali questioni che gli togliessero ciò che ha conseguito con la prima sentenza ». Ma giustamente, da coloro che non vogliono snaturare nell'appello incidentale l'indole di una *risposta* volta contro la *domanda* dell'appellante principale, dicono che se il garantito *B* vuol conservare contro il debitore *A* le sue ragioni, che pretende siano state disconosciute dal giudice di primo grado, dovrà appellare in via principale: ma se non farà ciò, cullandosi nella effimera speranza che il garante non appelli contro di lui, dovrà ascrivere a propria colpa, se, trascorso inutilmente il termine che a lui competeva per l'appello principale contro il debitore, la sua speranza vien meno, senza che più gli resti alcuna via di rimedio (73).

Si capisce che, se il garante rivolgerà il suo appello principale non solo contro il garantito per la questione di garantia, ma anche contro il terzo molestante, per la questione di molestia, il garantito potrà, per ciò che riguarda la controversia originaria, valersi dell'appello adesivo (74).

271. — Abbiamo visto (dietro, n. 252) che il garante ha sempre diritto di interporre appello sulla questione di molestia, anche nel caso in cui egli sia stato assolto dalla domanda di garantia. Se però egli abbia lasciato trascorrere il termine per appellare sulla questione di molestia contro il terzo molestante, non risorgerà per lui il diritto

---

(73) MATTIROLO, op. cit., IV, n. 655; MORTARA, *Appello civile*, n. 1567; GARGIULO, *Appellazione*, n. 297. Nella nostra giurisprudenza, per l'ammissibilità in questo caso dell'appello incidentale: Cass. Roma, 10 giugno 1879, *Legge*, 1879, 1, 181; Cass. Firenze, 13 maggio 1886, *Giur. it.*, 1886, 1, 173. Contro: App. Roma, 3 maggio 1888, *Mon. trib.*, 1888, 717; App. Torino, 10 aprile 1896, *Giur. tor.*, 1896, 448; Cass. Firenze, 30 giugno 1903, *Annali*, 1903, 1, 366. La giurisprudenza francese ammette l'appello incidentale solo quando la domanda di molestia e la domanda di garantia, riannodandosi a una stessa operazione, sono unite da un legame di stretta dipendenza. V. TISSIER et DARRAS, op. cit., art. 443, n. 186; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Appel incid.* », n. 131; Cass., 7 maggio 1839, *D. P.*, 1889, 1, 381. Giustamente il DE PAEPE (op. cit., n. 87) dice che « cette jurisprudence manque de fondement juridique. Elle ne serait fondée qui s'il y avait une véritable indivisibilité entre la demande principale et la demande en garantie »; ed ivi confuta esaurientemente gli argomenti addotti a sostegno della tesi contraria.

(74) Cass. francese, 1° agosto 1905, *Journal du Palais*, 1909, 1, 11.

di appello in detta questione per il fatto che il garantito abbia appellato contro di lui nella questione di garantia; e, in questo caso, non può neppure affacciarsi la possibilità di un appello adesivo e di un appello incidentale contro il terzo molestante, interamente estraneo alla causa di garantia, la quale nessun effetto può avere sulla causa di molestia ormai inappellabilmente decisa (75).

272. — *b*) Tutte le ipotesi precedenti miravano a stabilire in qual modo, se l'appello in via principale di una delle parti faccia risorgere in un'altra parte l'*interesse* ad appellare a sua volta, possa questa parte giovarsi dell'appello adesivo o dell'appello incidentale. Ma ho già accennato che vi sono altri casi nei quali il fatto che una delle due questioni torna a esser giudicata in appello rimette necessariamente in discussione anche l'altra questione, anche se la decisione che la riguarda era ormai passata in giudicato per acquiescenza del soccombente o per decorrenza del termine d'appello.

Stabilisce l'art. 471 Cod. proc. civ. che la riforma o l'annullamento di una sentenza oltrechè giovare a quelli che lo hanno domandato, « *giova anche a coloro che hanno un interesse dipendente essenzialmente da quello della persona che ottenne la riforma o l'annullamento* »; ora, mentre nei casi già considerati (dietro, n. 265 e segg.) l'appello di una delle parti provoca un'altra parte a interporre appello a sua volta per far valere il suo interesse, che può essere comune con quello dell'appellante (appello adesivo) od opposto (appello incidentale), ma sempre separato ed autonomo, — nella ipotesi dell'art. 471 la decisione del giudizio di secondo grado si ripercuote necessariamente, per dipendenza essenziale d'interesse, anche su persone che non hanno preso parte al giudizio e che nulla hanno fatto per ottenere in appello una riforma della sentenza in proprio favore.

Casi simili possono verificarsi anche in tema di chiamata in garantia. Ricordiamo a questo proposito il principio secondo il quale « se la domanda di molestia viene respinta, dev'essere necessariamente respinta anche la domanda di garantia » (dietro, n. 91); ciò posto, tutte le volte che, essendo stato condannato in primo grado il garante a risarcire il garantito soccombente nella questione di molestia, il garantito appelli contro il terzo molestante e si faccia assolvere in seconda istanza dalle sue pretese, è chiaro che di questa assoluzione dovrà giovarsi, per l'art. 471 Cod. proc. civ., anche il garante, quantunque egli non abbia appellato contro il garantito nella questione di garantia, e su tale questione la sentenza sia già passata in giudicato: la

---

(75) Per altre questioni analoghe, v. CHAUVEAU, loc. cit., quesiti XIV, XV, XVI, e GARSONNET, op. cit., § 2139.

condanna del garante a prestar la garantia presuppone la condanna del garantito in favore del terzo molestante; assolto in appello il garantito, deve *ipso jure* essere assolto anche il garante (76).

Ugualmente, tutte le volte che il diritto di appellare contro il terzo molestante nella questione di molestia compete così al garantito come al garante, l'appello interposto da uno dei due nella questione di molestia giova anche all'altro (77): e la sentenza di secondo grado che sull'appello del solo garantito o del solo garante respinga le domande del terzo molestante gioverà anche al garante o al garantito, anche se la sentenza di primo grado era già passata in giudicato ai danni della parte che non ha appellato (78).

§ 3. — *Disposizioni del disegno di revisione al Cod. proc. civ. Belga.*

273. — Dalla esposizione che abbiamo così compiuta delle varie questioni alle quali dà luogo la chiamata in garantia in tema di appello, appare che nel nostro diritto positivo non esistono norme espresse, dalle quali si possa desumere con precisione e certezza la risposta ai numerosi quesiti che ci siamo posti.

La opportunità di porre esplicite disposizioni a disciplinare una materia che presenta tali complicazioni, è stata riconosciuta dai compilatori del Disegno di Revisione del Codice di procedura civile per

---

(76) De Paepe, op. cit., n. 81. Il Rodière (*Cours de compétence et de procedure* etc., II, pag. 73), nega che in materia di garantia semplice l'appello del garantito profitti al garante: infatti, egli dice, l'appello del fideiussore (garantito) contro il creditore principale (terzo molestante) non potrà mai liberare il debitore principale (garante) dal suo obbligo verso il creditore principale stesso. Ma qui, evidentemente, si equivoca tra garantia in senso processuale e garantia in senso sostanziale (dietro, n. 2, nota 8); il fideiussore assolto dalla domanda di molestia, non potrà più rivolgere la domanda di garantia contro il debitore principale, anche se costui seguiterà ad essere obbligato verso il creditore principale.

(77) In questo senso Cass. Firenze, 6 febbraio 1879, *Foro it.*, 1879, 1, 1094; Cass. Roma, 10 agosto 1880 (*Legge*, 1881, 1, 620), la quale stabilì che « l'appello del garante si comunica e si rende comune *di necessità* al garantito; perocchè se a questo non giovasse, di niun giovamento potrebbe riuscire al garante ».

(78) App. Genova, 27 giugno 1889, già citata; De Paepe, op. cit., n. 86; la giurisprudenza francese ritiene che l'appello interposto dal garante contro il terzo molestante giova al garantito, anche se la sentenza è passata in giudicato tra garantito e terzo molestante per acquiescenza o decorrenza di termine. Dalloz, *Rép.*, v. « *Appel civil* », n. 600; *Suppl.*, nn. 124-125, e Cass., 30 giugno 1896, *Journal du Palais*, 1898, 1, 492. Contro: Chauveau, loc. cit., quesito VII.

il Belgio, nel quale gli articoli 15 e 16 del Cap. I (Tit. I del libr. III) sono così concepiti:

Art 15: « *En matière de garantie réelle, si le garant a pris fait et cause pour le garanti, et que ce dernier ait été mis hors de cause, l'instance d'appel ne pourra s'engager qu'entre le garant et le demandeur principal* ».

Art. 16: « *Dans les autres cas où une demande en garantie a été formée, l'instance d'appel pourra s'engager, soit entre le garant et le garanti, soit entre le garanti et le demandeur principal.*

« *Le garant pourra aussi, pour la conservation de ses droits, interjeter appel contre le demandeur principal.*

« *Le garant ou le garanti, dont les intérêts sout remis en question par l'appel d'une des parties, auront, à compter de la signification qui leur en est faite, un délai de dix jours au moins pour former leur appel* ».

Queste disposizioni, se accolgono una opinione contraria alla nostra, negando al garantito messo fuori di causa il diritto di appellare sulla questione di molestia (ammesso da noi per le ragioni anzidette, dietro, n. 251), concordano coll'opinione da noi preferita, concedendo al garante il diritto di appello contro il terzo molestante (dietro, n. 252).

La disposizione che ci sembra poi veramente commendevole, nonostante il contrario avviso del De Paepe (79), è quella contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 16, per la quale l'appello interposto su una questione da una delle tre parti in causa fa risorgere nelle altre due parti il diritto di appellare anche sull'altra questione, nonostante che il termine per l'appello principale sia già spirato. Abbiamo visto che nel nostro diritto, dato il testo della legge positiva, non si può rigorosamente ammettere in simili casi nè l'appello adesivo, nè l'appello incidentale (dietro, nn. 268-69), quando di tali istituti processuali non si verificano i necessarî presupposti; ma è evidente che senza la possibilità di valersi di tali rimedî, la condizione di colui per il quale l'interesse ad appellare può sorgere soltanto quando è decorso il termine utile per l'appello principale, è singolarmente svantaggiosa. Nel nostro diritto — se non si vuole ammettere, *utilitatis causa*, la proponibilità dell'appello adesivo o dell'appello incidentale anche in questi casi, nei quali, a rigor di principî, tali istituti non trovano applicazione — l'unica via che nei casi già posti resta al garantito o al garante a tutela dei loro interessi è l'*appello principale*: cosicchè essi, se non vorranno perdere irremissibilmente il loro diritto di appello, saranno molte volte costretti ad appellare soltanto *in previsione* che un'altra parte appelli e faccia risorgere in loro un vero interesse ad appellare,

(79) Op. cit., n. 93.

precauzione talvolta opportuna, ma il più delle volte resa inutile dal non verificarsi dell'evento previsto. A simili inconvenienti bene rimedia la norma del disegno di revisione del Codice belga: per essa il garantito e il garante non sono obbligati a interporre appello condizionato prima della scadenza del termine, ma possono tranquillamente attendere che l'interposizione di appello, operata da una delle parti in causa, faccia anche in loro risorgere il vero ed attuale interesse ad appellare (*).

(*) Nella dottrina francese e belga, per i giudizî dinanzi a quei magistrati che decidono inappellabilmente le controversie non eccedenti un certo limite di valore ed appellabilmente le controversie che superano questo limite, si è discusso sulla appellabilità di una sentenza che decida la questione di molestia inappellabilmente e appellabilmente la questione di garantia, il cui valore sia superiore; o viceversa.

In Italia non ci resulta che la questione sia mai sorta, ma, certo, analoghe controversie possono nascere anche nel nostro diritto: per esempio quando la chiamata in garantia sia proposta dinanzi a un Conciliatore. Per l'art. 20 della legge 16 giugno 1892, le sentenze dei Conciliatori pronunciate su domande il cui valore va da lire cinquanta fino a lire cento, possono essere appellate dinanzi al Pretore, mentre quelle il cui valore non supera le cinquanta lire sono inappellabili (per altri casi in cui nel nostro diritto processuale il giudice decide appellabilmente solo al disopra di un certo valore, v. CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ediz., pag. 492, nota 1). Ora può accadere che *B*, citato da *A* dinanzi al Conciliatore per il pagamento di un debito inferiore alle L. 50, chiami in garantia *C*, il quale, opponendosi, metta in questione la validità del titolo della pretesa garantia, il cui valore superi le L. 50, senza superare le L. 100; oppure può accadere che, essendo *B* citato da *A* per un debito il cui valore sta tra le 50 e le 100 lire, chiami in garantia *C* non per l'intero debito, ma per una quota inferiore alle L. 50. In questi due casi la sentenza del Conciliatore che risolverà le due questioni dovrebbe essere appellabile sulla questione di garantia e inappellabile sulla questione di molestia, o viceversa.

I criterî che i processualisti francesi seguono in casi consimili sono diversi. Secondo alcuni (GLASSON, nelle note alle *Leçons de procédure civile* del BOITARD, II, pag. 14, n. 1; GARSONNET, op. cit., § 2011; RODIÈRE, op. cit., II, pag. 65-66; DALLOZ, *Rép.*, v. « *Degré de juridiction* », n. 165; etc.), quantunque la questione di molestia e la questione di garantia siano sostanzialmente distinte, tuttavia per la ricevibilità dell'appello non possono sempre esser considerate separatamente; se la domanda di molestia è giudicata inappellabilmente, la domanda di garantia sarà appellabile o no, secondo il suo valore: se la domanda di molestia è giudicata appellabilmente, la domanda di garantia sarà appellabile in tutti i casi. Secondo altri (PIGEAU, *Procédure civile*, I, 587), le due questioni saranno appellabili soltanto quando l'una e l'altra siano state giudicate appellabilmente per valore: se la domanda di molestia o la domanda di garantia sono giudicate inappellabilmente per valore, anche l'altra questione non dev'esser più sottoposta all'appello, quantunque, assolutamente considerata, abbia un valore tale da ammetter l'appello. Secondo altri, infine (DE PAEPE, op. cit., n. 75, che segue il criterio della Legge belga 1876), la domanda di molestia può essere appellata tutte le volte che il suo valore ammette l'appello,

anche se la domanda di garantia è giudicata inappellabilmente, mentre la domanda di garantia è suscettibile d'appello soltanto quando il suo valore lo consente e contemporaneamente la domanda di molestia è appellabile. Di queste diverse opinioni ritengo preferibile la prima; ricordiamo qui le proposizioni poste (dietro, n. 91): « se la domanda di molestia viene respinta, dev'esser necessariamente respinta anche l'azione di garantia »; « il rigetto della domanda di garantia non produce mai il rigetto dell'azione di molestia ». Applicando tali principî al caso in esame, si deve concludere che l'appellabilità della questione di molestia deve produrre necessariamente l'appellabilità della questione di garantia, mentre l'appellabilità della questione di garantia può esistere senza distruggere l'inappellabilità della questione di molestia.

Per il caso in cui il termine per appellare sulla questione di garantia è diverso da quello per appellare sulla questione di molestia, v. dietro, n. 119. Una domanda in garantia può innestarsi in un giudizio d'esecuzione; in tal caso, quantunque i termini per appellare siano nei giudizî esecutivi diversi da quelli ordinarî, s'intende che debbono misurarsi secondo le regole ordinarie i termini per appellare sulla questione di garantia (Cass. Palermo, 19 novembre 1901, *Foro sic.*, 1901, 622).

Capitolo XII.

L'AZIONE DI GARANTIA IN RELAZIONE AI MEZZI STRAORDINARI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

Sommario

274. Partizione.

A) Opposizione del terzo.

275. Diritto romano. — 276. Il garante può fare opposizione di terzo alla sentenza emanata contro il garantito. — 277. Anche se le cause già riunite sono state poi separate.

B) Ricorso per Cassazione.

278. Condizioni per ricorrere: si rimanda ai principî posti per l'appello. — 279. Facoltà di ricorrere in ciascuna delle tre parti. — 280. Effetti del ricorso su una delle questioni sull'altra questione. — 281. Quando riviva in sede di rinvio la questione di garantia.

274. — L'azione di garantia può dar luogo a questioni in relazione alla opposizione di terzo ed al ricorso per cassazione; non ci consta di questioni relative alla garantia in tema di revocazione.

A) — Opposizione del terzo.

275. — Nel diritto romano anche coloro che non erano stati parti nel giudizio di primo grado potevano appellare contro la sentenza che pregiudicasse i loro diritti: « *alio condemnato, is, cuius interest, appellare potest* » (1); ma tale appello del terzo era ammissibile soltanto quando fosse giustificato dall'interesse: « *sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex justa causa* » (2). In base a tali

(1) L. 4, § 2, D. *de appell. et rel.*, XLIX, 1.
(2) L. 5, pr. D. *h. t.*

principî si trova espressamente detto nelle Fonti che il garante formale non chiamato in causa, può appellare contro la sentenza che evince il garantito. « *Si emptor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit* » (3).

276. — Potrà dirsi ugualmente per il nostro diritto che il garante, non chiamato nel giudizio di primo grado, abbia facoltà di appellare contro la sentenza che condanna il garantito? Evidentemente no: già si è detto (dietro, n. 248) che nel nostro sistema processuale la via dell'appello è aperta soltanto a chi fu parte nel giudizio di primo grado o vi fu rappresentato o sostituito, in modo che la sentenza possa aver effetto di cosa giudicata anche di fronte a lui. Ora il garante, sia semplice o sia formale, se non è intervenuto nella causa di molestia, non è stato parte in questo giudizio, nè vi è stato rappresentato dal garantito: cosicchè la sentenza pronunciata contro il garantito non potrà in questo caso essere appellata dal garante, per il quale essa è « *res inter alios acta* ».

Ma la nostra legge, se ai terzi che abbiano interesse ad opporsi a una sentenza emanata tra altre persone nega la facoltà d'appello, consente loro il rimedio di origine germanica della *opposizione di terzo;* stabilisce infatti l'art. 510 Cod. proc. civ. che « *un terzo può fare opposizione a sentenza pronunciata tra altre persone, quando pregiudichi i suoi diritti* ». Si può, ciò posto, ritenere che la sentenza emanata tra terzo molestante e garantito costituisca un *pregiudizio* ai danni del garante restato estraneo alla lite? Abbiamo già altrove risposto affermativamente a tale domanda (dietro, n. 131), seguendo l'avviso della prevalente dottrina; poichè, se si considera che generalmente si tende (4), per gli effetti della opposizione di terzo, ad allargare il concetto di *pregiudizio,* non si può negare che il garante sia in qualche modo pregiudicato dalla soccombenza del garantito nella questione di molestia, la qual soccombenza può in definitivo ricader su di lui, mediante l'azione di garantia. Il pregiudizio che il garante risente da tale soccombenza non è un pregiudizio di mero fatto, ma un vero e proprio pregiudizio di diritto: la sentenza che condanna il garantito si fonda sempre su una implicita pronuncia intorno a un rapporto giuridico passato precedentemente tra terzo molestante e garante (dietro, n. 205); e, d'altra parte, la condanna del garantito è un presupposto necessario dell'azione di regresso (dietro, n. 90), della quale non potrebbe il garantito valersi efficacemente ai danni del garante, se tale sentenza di condanna non fosse stata pronunciata. Cosicchè tale

---

(3) L. 4, § 3, D *h. t.*

(4) V. GALLUPPI, *Teoria della opposizione del terzo,* n. 91 e segg.

sentenza viene a pregiudicare il garante in quanto si pronuncia sul fatto giuridico del garante stesso e in quanto fa sorgere un'azione di regresso contro di lui.

Riteniamo adunque che il garante, non chiamato in causa nè volontariamente intervenuto nel giudizio di primo grado vertente tra terzo molestante e garantito, abbia facoltà di fare opposizione di terzo contro la sentenza che condanna il garantito (5). Ma, con questo non ci nascondiamo che in favore della opinione opposta è argomento non trascurabile la disposizione dell'art. 1497 Cod. civ., estensibile, secondo noi, a tutti i casi di garantia (6); e che, d'altra parte, alla opinione opposta si dovrebbe accedere, ove il concetto di *pregiudizio* si restringesse solo a quello sofferto da chi vanta un diritto incompatibile colla esistenza del diritto dichiarato dalla sentenza e colla esecuzione della sentenza stessa (7).

277. — Al caso già esposto in cui il garante non sia stato chiamato nel giudizio di primo grado, nè vi sia volontariamente intervenuto, si deve equiparare il caso in cui il garante sia stato chiamato nella causa di molestia, ma in seguito, per l'art. 199 capov. Cod. proc. civ., la questione di garantia sia stata separata dalla questione di molestia, e il garante non sia rimasto in tale questione in veste di interveniente. Anche in tal caso contro la sentenza emanata nella questione di molestia il garante non potrà interporre appello, ma soltanto promuovere opposizione di terzo (8) (*).

---

(5) V. in questo senso, oltre le autorità già citate in nota al n. 131, GALLUPPI, op. cit., nn. 130-137; LESSONA, *Manuale*, pag. 330; e sentenze, App. Bologna, 29 dicembre 1905, *Temi ven.*, 1906, 78; Cass. Firenze, 1° aprile 1912, *Foro it.*, 1913, 1, 96, già citata. Sugli effetti della sentenza emanata contro il garantito di fronte al garante, v. MATTIROLO, op. cit., V, 123-130; GATTI, *L'autorità della cosa giudicata civile* (2ª ediz., Roma, 1911), cap. VI, § 4, specialmente i nn. III e IV, *passim;* GARSONNET, op. cit., § 1128.

(6) Dietro, n. 131; v. GALLUPPI, op. cit., n. 177.

(7) CHIOVENDA, *Principii* (3ª ediz.), pag. 921 e segg., sui limiti soggettivi della cosa giudicata, e pag. 1009 e segg. sulla opposizione del terzo.

(8) MORTARA, *Appello civile*, n. 44.

(*) Già si è detto (dietro, n. 251) che, secondo noi, al garantito uscito di causa compete il rimedio dell'appello e non quello della opposizione di terzo contro la sentenza che è esecutiva anche di fronte a lui (v. in questo senso, GALLUPPI, op. cit., 133); ma secondo il CHIOVENDA a colui che ebbe un sostituto processuale — e quindi anche al garantito messo fuori di causa — spetta solo l'opposizione di terzo, limitatamente al caso dell'art. 512 Cod. proc. civ. (op. cit., pag. 1013 e 1016).

B) — Ricorso per cassazione

278. — Le condizioni essenziali per poter ricorrere in Cassazione contro una sentenza, sono due:

1) essere stato parte nel giudizio ove tale sentenza è stata emanata;

2) avere un *interesse* a ricorrere contro questa sentenza (9).

Come si vede, tali condizioni sono perfettamente identiche a quelle già determinate (dietro, n. 248) per potere interporre appello; cosicchè anche per la proponibilità del ricorso per Cassazione possono nascere in tema di garantia questioni analoghe a quelle già trattate precedentemente in relazione all'appello, e possono valere i principî da noi posti per risolverle.

Per non ripetere cose già dette, mi limiterò quindi a fare di fronte al ricorso per Cassazione l'applicazione pratica dei principî stabiliti in tema d'appello, riferendomi specialmente alla giurisprudenza.

279. — Quando la questione di molestia e la questione di garantia, sono state decise da una sola sentenza, entro che limiti le tre parti in causa hanno facoltà di ricorrere in cassazione contro questa sentenza? (v. per l'appello, stessa questione, dietro, nn. 250-252); senza ripeter qui un'analisi minuziosa di tutti i casi possibili, ricorderemo soltanto i casi più frequenti. Il *terzo molestante*, per ciò che riguarda la questione di molestia, può ricorrere in cassazione contro il garante, se costui ha assunto la lite del garantito nel giudizio di merito, e contro il garantito, se il garante non ha assunto la lite; ma, contrariamente a ciò che pensa il De Paepe (10), deve agli effetti della integrazione del giudizio, citare nel primo caso *anche* il garantito, e nel secondo *anche* il garante (dietro, n. 255) (11).

Il *garantito*, per ciò che riguarda la questione di molestia, può sempre ricorrere contro il terzo molestante, anche se è stato messo fuori di causa; per ciò che riguarda la questione di garantia può ricorrere contro il garante, ma solo se, nel giudizio di merito, è restato in causa o vi ha assistito (12). Cosicchè, quando il garantito resta

---

(9) Caberlotto, *Cassazione e Corte di Cassazione, Dig. it.*, vol. VII, 1ª, n. 153 e segg.; Gargiulo, *Cassazione, Enc. giur.*, vol. III, 2ª, nn. 148, 286, 330; Mattirolo, op. cit., IV, n. 1064.

(10) Op. cit., n. 90. V. giurisprudenza in Dalloz, *Rép.*, v. « *Cassation* », n. 340; Cass. belga, 13 dicembre 1867, *Pasicr.*, 1868, 1, 7; 18 ottobre 1883, *Pasicr.*, 1883, 1, 361.

(11) Cass. Torino, 31 dicembre 1883, *Giur. tor.*, 1883, 108; Dalloz, *Suppl.*, v. « *Cassation* », n. 88. Contro: Cass. Torino, 7 aprile 1905, *Giur. tor.*, 1905, 735.

(12) De Paepe, op. cit., n. 91.

soccombente tanto nella questione di molestia quanto in quella di garantia, può ricorrere contemporaneamente contro il terzo molestante e contro il garante (13).

Il *garante* per ciò che riguarda la questione di garantia, può sempre ricorrere in cassazione contro il garantito. La giurisprudenza è discorde sulla ammissibilità del ricorso del garante contro il terzo molestante per ciò che riguarda la questione di molestia, nei casi in cui il garante non abbia assunto la lite; noi, conformemente alle risoluzioni date per l'appello, lo riteniamo ammissibile in ogni caso, anche se il garante nel giudizio di merito si è limitato a negar l'obbligo di garantia (14), anche se la sentenza è già passata in giudicato nei rapporti fra garantito e terzo molestante (avanti, n. 280) (15). Nè crediamo che per la validità del ricorso del garante contro il terzo molestante sulla questione di molestia sia necessario che il garante abbia contemporaneamente ricorso contro il garantito per la questione di garantia (16).

280. — Anche sugli effetti che il ricorso proposto su una delle questioni possa avere sull'altra questione, dobbiamo riferirci alle cose già dette in tema di appello.

La notificazione della sentenza d'appello fatta dal terzo molestante al garantito e al garante, non fa decorrere il termine per il ricorso in cassazione nei rapporti fra costoro (17).

Il ricorso proposto dal terzo molestante contro il garantito sulla questione di molestia, non fa risorgere nel garantito il diritto a ricorrere contro il garante sulla questione di garantia, se il termine nei rapporti vertenti tra garantito e garante è già scaduto; parimente, il

---

(13) Se, in questo caso, il ricorso fu dal garantito intimato in termine soltanto al garante assolto dalla domanda di garantia e non al terzo molestante vincitore nella domanda di molestia, mentre i mezzi erano esclusivamente rivolti contro il terzo molestante, senza nulla interessare la separata questione della garantia, non si ammette integrazione del giudizio. Cass. Torino, 9 dicembre 1904, *Giur. tor.*, 1905, 41.

(14) Cass. Napoli, 25 novembre 1887, *Gazz. proc.*, XXII, 568; contro, Cass. Palermo, 5 agosto 1899, *Foro sic.*, 1899, 570. V. Caberlotto, *Garantia*, n. 85.

(15) V. sull'ammissibilità del ricorso del garante contro il terzo molestante, Cass. Palermo, 5 agosto 1899, *Foro sic.*, 1899, 570; Cass. Firenze, 31 maggio 1909, *Temi*, 1909, 573; Dalloz, *Rép.*, v. « *Cassation* », 282; *Suppl.*, stessa voce, n. 73; De Paepe, op. cit., n. 92. Contro, le decisioni riportate dal Dalloz, *Rép.*, stessa voce, n. 231; Cass. Belga, 26 dicembre 1873, *Pasicr.*, 1874, 1, 89; Cass. Francese, 14 giugno 1893, *Journal du Palais*, 1896, 1, 92.

(16) Contro, De Paepe, op. cit., n. 92 (pag. 158).

(17) Cass. Roma, 19 maggio 1903, *Giur. it.*, 1903, 1, 519; v. per un caso di nullità della notificazione, Cass. Napoli, 30 giugno 1880, *Gazz. proc.*, XV, 377.

ricorso proposto dal garante contro il garantito sulla questione di garantia, non fa risorgere nel garantito il diritto già scaduto a ricorrere contro il terzo molestante sulla questione di molestia (dietro, n. 270).

Il ricorso contro il terzo molestante presentato dal garante sulla questione di molestia, giova anche al garantito, per l'art. 471 Cod. proc. civ., nonostante che contro il garantito la sentenza sia già passata in giudicato per acquiescenza o decorrenza di termine (18). La rinuncia a ricorrere in cassazione, fatta dal garantito, non può togliere il diritto di ricorrere al garante, secondo i principî posti per l'acquiescenza; parimente, nel caso di ricorso del garantito e del garante contro il terzo molestante, non può la rinuncia al ricorso fatta dal garantito (art. 550 Cod. proc. civ.) togliere al garante il diritto di continuare per conto suo il giudizio di cassazione (19).

Il ricorso contro il terzo molestante presentato dal garantito sulla questione di molestia, può giovare anche al garante per la questione di garantia, perchè « se la domanda di molestia viene respinta, dev'essere necessariamente respinta anche la domanda di garantia » (dietro, n. 91 e n. 272) (20).

281. — Quando la sentenza, che ha deciso contemporaneamente la questione di molestia e quella di garantia è impugnata per cassazione limitatamente alla questione di garantia, ed è in questi limiti cassata, dinanzi alla Corte di rinvio risorgerà soltanto la questione di garantia, restando ferma la decisione che la sentenza in parte cassata ha preso sulla questione di molestia. Ciò deriva naturalmente da quel principio più volte ripetuto, per il quale « il rigetto della domanda di garantia non produce mai il rigetto della domanda di molestia » (dietro, n. 91).

Quando, invece, la sentenza stessa è impugnata in cassazione per ciò che riguarda la questione di molestia, bisogna distinguere due casi. Se il ricorso è presentato dal terzo molestante, soccombente nella questione di molestia, e la sentenza è cassata limitatamente a questa que-

---

(18) De Paepe, op. cit., n. 92, in fine; Dalloz, *Suppl.*, v. « *Cassation* », n. 73. Contro, citata sentenza Cass. Firenze, 31 maggio 1909.

(19) De Paepe, op. cit., n. 91; Cass. Francese, 15 luglio 1839, in Dalloz, *Rép.*, v. « *Cassation* », nn. 282 e 1092; Cass. Belga, 4 dicembre 1839, *Pasicr.*, 1839. Contro, citata sentenza Cass. Francese, 14 giugno 1893. E' stato inversamente giudicato che « transatta la lite tra l'attore principale e il garante dichiarato tenuto a rilevare il principale convenuto, e recedutosi da essi dal ricorso e controricorso in Cassazione, il giudizio di Cassazione viene a mancar di materia anche per il convenuto principale ». Cass. Torino, 24 aprile 1888, *Giur. tor.*, 1888, 420.

(20) De Paepe, op. cit., n. 91; Cass. Francese, 8 novembre 1891, in Dalloz, *Rép.*, v. « *Cassation* », nn. 1131 e 1042.

stione, senza che il garantito abbia ricorso per la questione di garantia contro il garante assolto dalla domanda, nella Corte di rinvio rivivrà soltanto la questione di molestia, e il garante sarà definitivamente liberato dalla domanda del garantito, perchè « se la domanda di molestia viene accolta, può, ciò nonostante, essere respinta la domanda di garantia » (21) (ciò, s'intende, quando nel giudizio di merito la domanda di garantia sia stata respinta per intrinseca infondatezza: dietro, n. 269, nota 67). Se, al contrario, il ricorso è presentato dal garantito contro il terzo molestante, vincitore nella questione di molestia, e la sentenza vien cassata limitatamente a tale questione, dinanzi alla corte di rinvio potrà rivivere anche la questione di garantia, se il garante era stato condannato dalla sentenza cassata a prestar la garantia. Sarà infatti applicabile in tal caso l'art. 471 Cod. proc. civ., secondo il principio che « se la domanda di molestia viene respinta, dev'essere necessariamente respinta anche la domanda di garantia » (22).

---

(21) App. Casale, 26 luglio 1883, *Temi casalese*, 1883, 380.

(22) Cass. Torino, 27 luglio 1892, *La Cassazione di Torino*, 1882, 2, 272. V. Piola, *Chiamata in garantia*, n. 7, in fine. V. sull'argomento Dalloz, *Suppl.*, v. « *Cassation* », n. 480.

INDICE DELLE FONTI

(I numeri in carattere ordinario indicano i paragrafi del testo, quelli in corsivo le note).

I. — **Diritto romano.**

1. — *Digesto.*

Fr. 6, § 3, II, 13 — 37.
» 75, III, 3 — 35, *88.*
» 49, V, 1 — 20; 37.
» 61, *h. t.* — 37.
» 9, VI, 1 — 23 *).
» 10, § 12, XVII, 1 — 22.
» 29, § 3, *h. t.* — 21.
» 6, § 5, XIX, 1 — 16, *9.*
» I, XXI, 2 — 6, *24.*
» 16, § 1, *h. t.* — 16, *5.*
» 29, § 2, *h. t.* — 16; *6;* 17; 17, *18;* 127.
» 39, pr., *h. t.* — 37.
» 39, § 1, *h. t.* — 16, *7;* 18, *24.*
» 49, *h. t.* — 16, 7.
» 51, § 1, *h. t.* — 16, 7.
» 53, § 1, *h. t.* — 16; 16, 7.
» 55, § 1, *h. t.* — 16, *7;* 18, *21.*
» 56, § 4, *h. t.* — 18, *22.*
» 56, § 5, *h. t.* — 16, *14.*
» 56, § 6, *h. t.* — 16, *15.*
» 56, § 7, *h. t.* — 18, *21.*
» 59, *h. t.* — 16, 7.
» 62, § 1, *h. t.* — 16, *7;* 18, *26.*
» 63, *h. t.* — 16, *13.*
» 63, § 1, *h. t.* — 16, *8.*
» 74, § 2, *h.t.* — 1, *3;* 23; 35, *88.*
» 76, *h. t.* — 14, *2.*
» 10, XXII, 5 — 208, *37.*
» 29, § 2, *de leg.*, III — 17; 17, *18;* 127, *34.*
» 63, XLII, 1 — 19, *33;* 258, *43.*
» 1, § 14, XLVIII, 16 — 127, *35.*
» 4, § 2, XLIX, 1 — 275, *1.*
» 4, § 3, *h. t.* — 275, *1;* 275, *3.*
» 5, *h. t.* — 259, *45.*
» 5, pr., *h. t.* — 275, *2.*

2. — *Codice giustinianeo.*

Const. 1, II,10 — 19.
» 1, III, 19 — 20.
» 2, *h. t.* — 23 *).
Const. 4, III, 26 — 37.
» 7, VIII, 45 — 16, *8;* 18, *25.*
» 9, *h. t.* — 16, 7.
» 14, *h. t.* — 16, *8.*
» 20, *h. t.* — 16, 7.
» 23, *h. t.* — 16, 7.
» 3, VIII, 41 — 21.
» 5, *h. t.* — 21.

3. — *Novelle.*

Nov. 4, cap. 1 — 22.

II. — **Leggi barbariche.**

a) — LONGOBARDICHE.

1. — *Edict. Roth.*:
tit. 231 — 24, *42;* 25, *48;* 25, *53.*
» 231 (*formula*) — 25, *45;* 33, *82*
» 232 — 24, *42.*
» 232 (*glossa*) — 25, *50.*
» 234 (*formula*) — 26; 26, *58.*

2. — *Leg. long. Ott. I*:
tit. 7 — 24, *42;* 25, *48;* 25, *55.*
» 7 (*formula*) — 25, *49.*

b) — RIBUARIA:
tit. 33 — 24, *42;* 25, *46.*
» 72, 1 — 25, *56.*

c) — SALICA.
tit. 47 — 24, *42.*
» 47, § 1 — 25, *46.*

d) — SPECCHIO SASSONE.
II, 36, § 5 — 25, *45.*

III. — **Leggi varie fino alla codificazione moderna.**

a) ITALIA.
Statuto di Roma, 1, 119 — 33, *83.*
» *Pavia*, 20 — 33, *83.*
» *Milano*, 1, 69 — 33, *83.*

Statuto di Cremona, 332 — 33, *83*.
Prammatica napoletana del 1477 — 38.
Cost. piemontesi 1587 — 39.
Cost. piemontesi 1770:
tit. I, art. 7 — 39; 93, *20*.
tit. VII, art. 1-4 — 39.
Cost. modenesi 1771:
lib. I, Tit. IV, art. 8 — 39.

b) — FRANCIA.

1. — *Coutumes*.

C. di Bretannia:
tit. VIII, art. 145-152 — 28, *65*.
» art. 146 — 8, *34*.
C. di Beauvoisis:
tit. II, art. 46 — 28, *65*.
C. di Orleans:
art. 454 — 28, *65*.
C. di St. Mihiel:
tit. VII, art. 31 — 28, *65*.
C. di Lorena:
tit. V, art. 1-10 — 28, *65*.

2. — *Ordinanze*.

Ord. 1363:
art. 5 — 29.
Ord. 1453:
art. 41 — 29; 29, *71*.
Ord. 1539:
art. 18-20 — 29.
Ord. 1667:
tit. VII, art. 1-15 — 32; 32 *).
» » 1 — 5; 137.
» » 2 — 140, *9*.
» » 3 — 148, *40*.
» » 4 — 159, *80*.
» » 5 — 140, *10*; 157.
» » 6 — 182, *42*.
» » 7 — 163; 166.
» » 8 — 93; 110, *33*.
» » 9 — 210, *48*; 220, *76*.
» » 10 — 222; 222, *82*.
» » 11 — 235, *12*; 235, *15*; 237.
» » 12 — 212.
» » 13 — 177, *19*.
» » 14 — 240.
» » 15 — 139, *2*; 153.
Ord. per la Lorena, 1707:
tit II, art. 12-16 — 32 *).

c) — GERMANIA.

Statuto di Leobschützer, 1270:
§ 49 — 40, *107*.

Statuto di Ofner:
§ 340 — 40, *107*.

Ord. 1531 per l'Olanda, Zelanda, Frisia:
art. 117 — 40.
Ord. 13 aprile 1604 per il Brabante:
art. 514 — 40.

IV. — Codici italiani precedenti alla legislazione vigente.

a) — SARDEGNA-PIEMONTE

1. — *Codice di procedura civile 1854.*

Art. 122 — 57; 71, *21*; 140, *12*.
» 123 — 57.
» 125 — 57.
» 257-267 — 57.
» 257 — 140, *12*.
» 261 — 71, *21*.
» 264 — 4, *11*; 213, *56*; 222, *82*.
» 265 — 4, *11*.

2. — *Codice di procedura civile 1859.*

In generale — 76, *30*; 222, *82*.
Art. 3-4 — 121, *21*.
» 26 — 116; 121, *21*.
» 134 — 71, *21*.
» 134-136 — 57.
» 254-262 — 57.
» 255 — 153, *61*.
» 257 — 71, *21*; 157, *71*; 168.
» 258 — 182, *42*.
» 258-259 — 177, *19*.
» 259 — 110, *33*; 111, *36*.
» 260 — 4, *11*; 5; 210, *48*; 212, *2*; 213, *56*.
» 262 — 225, *92*.
» 550 — 135.

3. — *Codice civile albertino.*

Art. 1647 — 68, *11*; 129.

b) — PARMA.

1. — *Codice di proc. civ. 6 giugno 1820.*

In generale — 76, *30*.
Art. 59 — 121, *21*.
» 220-230 — 57.
» 220 — 140, *12*.
» 221 — 153, *61*.
» 222 — 148, *40*.
» 224 — 157, *71*; 168, *2*.
» 225 — 182, *42*.
» 226 — 110, *33*; 111, *36*.
» 227 — 4, *11*; 210, *48*; 213, *56*; 215, *64*; 222, *82*; 225, *92*.
» 228 — 4, *11*; 212, *53*.
» 229 — 177, *19*.
» 230 — 235, *12*.

2. — *Codice civile.*

Art. 1456 — 68, *11*.

c) — STATI ESTENSI.

1. — *Codice di proc. civ. 14 giugno 1852.*

In generale — 76, *30.*
Art. 37 — 58; 121, *21.*
» 487-500 — 58.
» 488 — 71, *21;* 140, *12;* 142, *16;* 157, *71.*
» 490 — 159, *80;* 177, *19.*
» 491 — 177, *19.*
» 495 — 210, *48;* 213, *56;* 215, *64.*
» 497 — 182, *44.*
» 498 — 235, *12;* 235, *15.*
500 — 153, *61.*

2. — *Codice civile.*

Art. 1634 — 68, *11.*

d) — TOSCANA.

Regolamento di proc. civ. 15 nov. 1814.

Art. 114 — 178.
» 235-260 — 59.
» 235 — 110, *34.*
» 236 — 111, *36.*
» 237 — 181, *36.*
» 238 — 157, *71.*
» 238-239 — 71, *21.*
» 240 — 159, *80.*
» 241 — 140, *12.*
» 242 — 153, *61.*
» 246 — 171, *10.*
» 248 — 210, *48;* 213, *56;* 215, *64.*
» 249 — 217, *71;* 220, *78;* 225, *92.*
» 250 — 182
» 251 — 189.
» 252 — 178.
» 254 — 187.
» 255 — 177, *19.*
» 256 — 235, *12.*
» 257 — 235, *12.*
» 258 — 235, *12.*

e) — STATI PONTIFICI.

1. — *Motu-proprio Piano 22 nov. 1817.*

Art. 591-604 — 60.
» 591 — 133, *64;* 140, *12.*
» 592 — 189, *55.*
» 598 — 242, *44.*
» 603 — 242, *44.*
» 604 — 242, *44.*

2. — *Regolamento legislativo e giudiziario 10 novembre 1834.*

§ 855-871 — 60.
» 855 — 71, *21;* 78, *34.*
§ 861 — 159, *80.*
» 863 — 156, *71;* 157, *71;* 189, *55.*
» 864 — 140, *12;* 210.
» 865 — 165, *104.*
» 866 — 215, *64.*
» 867 — 242.
» 868 — 218, *72.*
» 869 — 242.
» 871 — 133, *64.*

f) — NAPOLI.

1. — *Leggi della procedura.*

In generale — 76, *30.*
Art. 136-137 — 57.
» 269-279 — 57.
» 269 — 71, *21;* 140, *12.*
» 270 — 153, *61.*
» 273 — 157, *71;* 168, *2.*
» 274 — 182, *41.*
» 275 — 110, *33;* 111, *36.*
» 276 — 210, 222, *82;* 225, *92.*
» 278 — 177, *19.*
» 279 — 235, *12.*

2. — *Codice civile.*

Art. 1486 68, *11.*

V. — **Legislazione italiana vigente.**

1. — *Codice di procedura civile.*

Art. 37 — 159; 160.
» 73 — 74.
» 90 — 103.
» 91 — 95.
» 98 — 87; 104.
» 99 — 88; 95.
» 100 — 61; 88; 93; 95; 97; 100; 101; 102; 103; 104, *12;* 105; 107; 108; 109; 110; 113; 115; 116; 117; 119; 121; 123; 124; 125; 126; 179; 189.
» 101 — 123; 124; 125.
» 102 — 123; 124.
» 103 — 134; 244.
» 104 — 95; 104; 104, *12;* 107; 108; 189.
» 105 — 109; 109, *30.*
» 106 — 109.
» 145 — 181, *37.*
» 147 — 137; 138; 139; 142, *14;* 152.
» 151 — 139.
» 154 — 139, *6.*
» 158 — 142, *14.*
» 159 — 142, *14.*
» 164 — 142.
» 172 — 142, *13.*

Art. 181 — 188.
» 181-185 — 156.
» 185 — 160.
» 187 — 103; 138; 147.
» 189 — 181.
» 192 — 181.
» 193 — 2, *8;* 71, *21;* 74; 129; 136; 139; 142; 144; 152; 157; 160; 162, *90;* 163; 165; 165; *108;* 175; 184; 213.
» 193-200 — 61.
» 194 — 73; 136; 153; 154.
» 195 — 112; 136; 147; 147; *39;* 153.
» 196 — 152; 156; 157; 158; 161, *87;* 163.
» 197 — 136; 161; 161, *87;* 163; 166; 175; 177; 181, *37;* 184; 189; *54;* 191; 236.
» 198 — 107, *18;* 136; 180; 210; 212; 216, 217; 218; 221; 222; 224; 225; 226; 234; 238; 239.
» 199 — 136; 151; 156; 163; 172; 177; 178; 179; 184; 186; 188; 189, *54;* 191; 233; 236; 277.
» 200 — 136; 234; 235; 235, *12;* 236; 237; 238; 238, *29;* 239; 240; 241; 242; 244.
» 201 — 77.
» 203 — 78; 132.
» 204 — 73; 183.
» 236 — 208.
» 237 — 208.
» 332 — 178.
» 335 — 177, *23.*
» 338 — 119; 192.
» 370 — 231; 233; 241; 242; 243.
» 371 — 231; 233; 237; 241; 242.
» 379 — 244 *).
» 382 — 147; 171; 246.
» 394 — 142; 142, *13.*
» 415 — 144.
» 422 — 61; 136; 144; 149; 152; 162.
» 423 — 147, *36.*
» 447 — 154.
» 449 — 61; 136; 145; 146; 158.
» 465 — 258.
» 467 — 261.
» 469 — 255.
» 470 — 266.
» 471 — 270; 272; 280; 281.
» 474 — 171; 246.
Art. 485 — 119; 266.
» 487 — 266.
» 488 — 266.
» 490 — 129; 131; 134; 135; 253.
» 491 — 129; 131.
» 510 — 131; 251; 276.
» 512 — 277 *).
» 550 — 280.

2. — *Codice civile.*

Art. 695 — 150.
» 696 — 150.
» 964 — 148.
» 1035 — 3.
» 1036 — 3.
» 1077 — 3.
» 1096 — 69, *15.*
» 1123 — 115.
» 1151 — 8.
» 1155 — 8, *20.*
» 1198 — 3.
» 1199 — 3.
» 1205 — 3.
» 1208 — 3.
» 1218 — 2; 10.
» 1225 — 10.
» 1234 — 72; 195.
» 1396 — 3.
» 1481 — 2, *8;* 3; 5, *17.*
» 1483 — 113, *48*
» 1486 — 1, *5;* 79; 242.
» 1497 — 61; 62; 67; 68; 68, *13;* 68 *); 79; 129; 131; 132; 150; 165, *109;* 171, *5;* 243; 276.
» 1542 — 3; 5, *17.*
» 1552 — 3.
» 1575 — 3.
» 1582 — 80; 217.
» 1589 — 11.
» 1639 — 8.
» 1709 — 3.
» 1915 — 3; 233.
» 1918 — 68, *14.*
» 1919 — 3; 101.
» 1920 — 3.
» 2120 — 6, *26.*

3. — *Codice commerciale.*

Art. 54 — 119.
» 417 — 11.
» 438 — 8, *20.*
» 877 — 119.

4. — *Codice di proc. pen. 1865.*

Art. 571 — 120.

5. — *Legge sulla riforma del proc. sommario, 31 marzo 1901.*

In generale — 142; 143; 188.

Art. 1 — 142; 160, *81.*
» 2 — 142.
» 5 — 165, *105.*

6. — *R. D. sulla riforma del proc. sommario, 31 agosto 1901.*

Art. 31 — 96; 105; 165; 189.
» 32 — 61; 136; 143; 162; 176; 189, *56;* 215; 220.
» 49 — 147, *49.*

7. — *Regolamento generale giudiziario, 14 dicembre 1865.*

Art. 229 — 96; 165; 189.

8. — *Legge 16 giugno 1892 sui Conciliatori.*

In generale — 253 *).

9. — *Legge sull'abolizione dei Tribunali di commercio, 25 gennaio 1888.*

In generale — 119.

VI. — **Legislazione straniera.**

a) — FRANCIA.

1. — *Codice di procedura civile.*

In generale — 76.
Art. 32 — 140, *11;* 149.
» 59 — 93, *20;* 116.
» 72 — 139, *6.*
» 152 — 171.
» 172 — 111.
» 174 — 148.
» 175-185 — 42; 42 *).
» 175 — 71, *21;* 139, *7;* 142; 172, *11;* 140, *9;* 140, *10;* 142, *16;* 157, *75.*
» 176 — 153, *61.*
» 177 — 148.
» 178 — 163; 165.
» 179 — 140, *10;* 157; 157, *72;* 157, *71;* 168.
» 180 — 182, *42;* 188.
» 181 — 93; 110, *33;* 111; 112; 116.
» 182 — 210, *48;* 213; 215; 218; 220; 220, *76;* 222; 222, *82;* 224; 225, *92;* 226.
» 183 — 212.
» 184 — 105, *13;* 177; 177, *19;* 178.
» 185 — 224; 234; 235; 236; 237; 239.
» 464 — 128.
Art. 466 — 131.
» 474 — 131.
» 1033 — 140, *9.*

2. — *Codice civile.*

Art. 14 — 109.
» 1640 — 68, *11;* 129.
» 1727 — 80; 217.
» 2031 — 68, *14.*
» 2252 — 165.

b) — PRINCIPATO DI MONACO.

Codice di procedura civile 5 sett. 1896.

In generale — 5, *12;* 76, *30.*
Art. 267-273 — 44.
» 267 — 140, *12.*
» 268 — 168, *2.*
» 269-270 — 210, *48.*
» 270 — 225, *92.*
» 272 — 235, *12;* 237, *21.*

c) — BELGIO.

1. — *Codice di procedura civile.*

In generale — 43.

2. — *Legge sulla competenza, 25 marzo 1876.*

In generale — 43.
Art. 50 — 93, *20;* 116.
» 52 — 109, *31.*

3. — *Disegno di revisione del Codice di procedura civile.*

In generale — 5, *12;* 43; 212, *53;* 216; 217, *69;* 252, *22.*
Lib. I tit. V, cap. II,
Art. 8 e segg. — 43.
» 15 — 273.
» 16 — 273.

d) — OLANDA.

Codice di procedura civile.

In generale — 43.
Art. 50 — 93, *20;* 116.
» 52 — 109, *31.*

e) — AUSTRIA.

1. — *Regolamento Giuseppino 1781.*

In generale — 6; 90, *16;* 182.
§ 58-61 — 50.
» 58 — 66; 140, *12.*

2. — *Regolamento per il Lombardo-Veneto.*

§ 49-51 — 51.

§ 49 — 68, *10;* 71, *21;* 140, *12;* 142, *16.*
» 50 — 210, *48;* 213, *56.*

3. — *Regolamento del processo civile, 1° agosto 1895.*

§ 17-24 — 52.
» 21 — 79, *37;* 197, *11.*
» 22 — 80, *41.*

4. — *Codice civile.*

§ 931 — 52; 68, *10;* 68, *11.*

f) — UNGHERIA.

Regolamento proc. civ. 1914.

§ 89 e segg. — 53.

g) — GERMANIA.

1. — *Cod. proc. civ. Baviera.*

§ 69 — 54, *5.*

2. — *Regolamento proc. civ. 1877.*

§ 69-73 — 54, *5.*

3. — *Regolamento proc. civ. 20 maggio 1898.*

§ 10 — 124, *28.*
» 61 — 198.
» 66-71 — 54, *6.*
» 67 — 190, *1.*
» 69 — 198.
» 72-77 — 54.
» 72 — 79, *37;* 140, *12;* 153, *61.*
» 73 — 157, *71.*
» 74 — 197, *11.*
» 76 — 80, *41.*

h) — SVIZZERA.

1. — *Legge federale provvisoria, 20-22 novembre 1850.*

Tit. II, § III,
§ 9-15 — 55.
» 11 — 235, *18;* 235, *19.*
» 13 — 213, *61.*
» 14 — 214, *62.*

2. — *Legge proc. civ. Argovia, 5 novembre 1901.*

§ 36-43 — 55.
» 41 — 214, *62.*
» 42 — 68, *11.*
» 43 — 242, *42.*

3. — *Legge proc. civ. Berna, 1° ottobre 1847.*

§ 29-33 — 55.
» 33 — 214, *62.*

4. — *Legge proc. civ. Friburgo, 12 ottobre 1849.*

Art. 57-63 — 55.
» 59 — 213, *59.*
» 60 — 68 *).
» 61 — 101, *3.*
» 63 — 68, *10.*

5. — *Legge proc. civ. Ginevra, 2 dicembre 1911.*

Art. 61 — 45; 76, *30;* 137, *4;* 140, *12.*

6. — *Legge proc. civ. Grigioni, 1° gennaio 1908.*

Art. 42-47 — 55.
» 44 — 214, *62.*
» 45 — 235, *18.*
» 46 — 68, *11.*

7. — *Legge proc. civ. Lucerna, 5 marzo 1895.*

§ 81-89 — 55.
» 82 — 213, *59;* 214, *62;* 231, *6;* 235, *18.*
» 86 — 241, *38.*
» 87 — 93, *20.*
» 88 — 68 *); 208, *43.*
» 89 — 68, *11;* 242, *42.*
» 92 — 80, *41.*

8. — *Legge proc. civ. San Gallo, 10 luglio 1900.*

Art. 68 e segg. — 55.
» 69 — 68 *).
» 71 — 197, *11;* 214, *62.*
» 72 — 235, *18.*

9. — *Legge proc. civ. Sciaffusa, 30 ottobre 1869.*

§ 123-128 — 55.
» 123 — 137, *5;* 175, *15.*
» 124 — 68, *11;* 68 *); 214, *62.*
» 126 — 198, *14;* 213, *59.*
» 127 — 235, *18.*

10. — *Cod. proc. civ. Ticino 1843.*

In generale — 78, *34.*
Art. 142-146 — 45 *).

11. — *Cod. proc. civ. Vallese, 30 maggio 1856.*

Art. 17 — 45; 93, *20.*
» 51-61 — 45.
» 52 — 157, *70.*
» 54 — 210, *48.*
» 55 — 213, *56.*
» 57 — 182, *5;* 215, *66.*
» 58 — 198, *49.*
» 60 — 133, *1;* 140, *12;* 242, *43.*
» 61 — 235, *12.*

12. — *Cod. proc. civ. Vaud, 25 novembre 1869.*

Art. 141-155 — 45.
» 142 — 5, *12.*
» 143 — 137, *4;* 156, *70.*
» 145 — 142, *16;* 156, *70.*
» 146 — 140, *12.*
» 146-147 — 210, *48.*
» 149 — 213, *56;* 217, *71.*
» 150 — 68 *); 243, *46.*
» 151 — 243, *46.*
» 154 — 140, *12.*

13. — *Legge proc. civ. Zurigo, 2 dicembre 1874.*

§ 247-253 — 55.
» 248 — 137, *5;* 175, *15.*
» 249 — 68, *11;* 68 *); 214, *62.*
» 251 — 197, *11.*
» 252 — 235, *18.*

i) — SPAGNA.

1. — *Legge sul giudizio civile. 3 febbraio 1881.*

In generale — 46 *).

2. — *Codice civile.*

Art. 1481 — 68, *10.*
» 1482 — 46 *); 140, *12.*

l) — PORTOGALLO.

Cod. proc. civ. 8 novembre 1876.

Art. 321-328 — 46.
» 321 — 80, *41.*
» 322 — 68 *); 140, *12;* 204; 210, *48;* 215, *66;* 217, *70.*
» 328 — 110, *34;* 147.

m) — ROMANIA.

Cod. proc. civ. 14 marzo 1900.

Art. 64 — 47; 93, *20.*
» 112-114 — 47.

n) — CHILE.

Cod. proc. civ. 1902.

Art. 741-744 — 48.
» 741 — 137, *4;* 140, *12.*
» 744 — 210, *48.*

INDICE ALFABETICO - ANALITICO

(I numeri in carattere ordinario indicano i paragrafi del testo, quelli in corsivo indicano le note corrispondenti).

Abbinamento di processi - Figura processuale derivante dalla c. in g., 191.

Abbreviazione di termini, v. *Termine*.

Accessorietà Se la dipendenza dell'azione di garantia dall'azione di molestia possa considerarsi *acc.*, 88; competenza per le azioni accessorie all'azione di garantia, 107.

Accettazione - Della rinuncia agli atti del giudizio, v. *Rinuncia*.

Acquiescenza - Effetto dell'*acq.* di una parte sulla facoltà di appello delle altre, 258: sulla facoltà di ricorrere in cassazione, 280; la proposizione di domanda di garantia non costituisce *acq.*, 258, *43; acq.* del garantito, 259; *acq.*, del garante assuntor della lite, 260.

Actio auctoritatis - Nella *mancipatio*, 14.

Adesivo (appello), v. *Appello*.

Advocatio ad warantum nei diritti germanici - Nel processo di rivendicazione mobiliare, 24; procedimento, 25; nel processo di rivendicazione immobiliare, 26; natura processuale, primo germe della chiamata in garantia, 27.

Ἀνάγειν ἐις τὸν πρατῆρα - Chiamata a difesa nell'antico diritto greco, 20 *).

Appello - Quando la questione di molestia è in *app.*, cessa la competenza per connessione, v. *Competenza;* denunzia di lite in *app.*, 127; inammissibilità della c. in g. in *app.*, 128; è una domanda nuova, 128; intervento volontario del garante in *app.*, 131; intervento coatto del garante in *app.*, 132; casi in cui la c. in g. è ammessa in *app.*, 134; deve rigettarsi d'ufficio, 135; *appellabilità* della sentenza che accorda il rinvio, 151; effetto sospensivo di tale *app.*, 151; questioni cui dà luogo il determinare le facoltà d'*app.*, 247; criterio per risolverle, 248; applicazioni pratiche, 249; facoltà d'*app.* del terzo molestante, 250; id. del garantito, 251; id. del garante, 252; id. del garante contumace, 252; rinuncia all'*app.*, v. *Acquiescenza;* effetti sulla facoltà d'*app.* della inattività delle altre parti, 258-263; id. dell'attività, 264-272; l'*app.* di una parte fa risorgere l'interesse ad appellare, 264, 265-271; l'*app.* di una parte rimette in discussione l'altra questione, 264, 272; *app.* adesivo, concetto, 266; applicazioni nei casi di garantia, 267-270; *app.* incidentale, concetto, 266; applicazioni id., 268-270; estensione dell'*app.* del garante al garantito e viceversa, 272; disposizioni del disegno di rev. Belga in tema di *app.*, 273; *appellabilità* di una sola questione, 273 *); *app.* in tema di garantia nel diritto romano, 251, 275; *termine per appellare*: concorrenza di norme diverse in caso di unione di cause, 119, 273 *); decorrenza, 261; diversità di *termine per appellare* in caso di diverse notificazioni, 261, v. *Notificazione; termine per appellare* nei giudizi esecutivi, 273 *).

Arbitri - Chiamata in g. davanti agli *arb.*, v. *Giurisdizione*.

Assicurazione (contratto di) - Come fonte di responsabilità, 11.

Assistenza volontaria del garantito uscito di causa - Natura di tale situazione, 222; in che differisce dal restare in causa, 222; in che misura il garantito assistente è parte in causa, 222; sue facoltà processuali, 223.

Assunzione della lite da parte del garante - Nel diritto romano, 19; è un caso di sostituzione, 211; non è ammessa in garantia semplice, 212; è una facoltà, non un obbligo del garante, 213; non implica riconoscimento dell'obbligo di garantia, 214;

forma e termine, 215; facoltà processuali del garante dopo l'assunzione, 226, v. *Transazione; ass. di l.* per la prima volta in appello, 253.

Attore - Può proporre c. in g., 71; contro il garante del convenuto, in surrogazione, 72; termine, 142; 142, *16.*

Autorizzazione - Del Consiglio comunale al Sindaco, necessaria per proporre c. in g., 191, *1.*

Autorizzazione preventiva del giudice - Non occorre per proporre c. in g.: v. *Giudice.*

Azione di difesa - Elemento dell'azione di garantia, 6; nel diritto austriaco, 66; sua proposizione come elemento della c. in g., 67; 69; condizionata e cumulativa, 69; analisi dei suoi elementi in relazione all'azione di molestia, 90. V. *Azione di garantia, Difesa, Garantia.*

Azione di garantia - Risulta dall'azione di difesa e dall'azione di regresso o rivalsa, 6; prescrizione, 6, *26;* in via principale e in via incidentale, 6; differisce dall'azione di risarcimento, v. *Responsabilità;* svolgimento storico, v. *Chiamata in garantia, Garantia;* in relazione all'azione di molestia, 63, 83; in via principale, 64; id. con denunzia di lite, 65; in via incidentale, v. *Chiamata in garantia;* relazione di essa coll'azione di molestia, v. *Connessione;* competenza per l'*azione di g.* in via principale durante la pendenza dell'azione di molestia, 103, 163. V. passim *Azione di difesa, Azione di regresso, Chiamata in garantia, Competenza.*

Azione di molestia - Presupposto dell'azione di garantia, 63; definizione, 63, *1;* sua relazione coll'azione di garantia, v. *Connessione.*

Azione di regresso - Elemento dell'azione di garantia, 6; nei diritti germanici, 65; sua proposizione come elemento della c. in g., 67; 69; condizionata e cumulativa, 69; analisi dei suoi elementi in relazione all'azione di molestia, 90.

Azione di risarcimento - In che differisce dall'azione di garantia, v. *Responsabilità; azione di ris,* per la mancata difesa, v. *Azione di regresso.*

Belgio - Disegno di revisione del Cod. proc. civ.: disposizioni relative all'appello in tema di garantia, v. *Appello.*

Cassazione - Intervento del garante in *cass.*, 131, *54;* azione di garantia per una nullità commessa in un giudizio di *cass.*, 134, *69;* incensurabilità in *cass.*, della sentenza che separa le due cause, 177; requisiti per ricorrere *in cass.*, 278; facoltà di ricorrere in tema di garantia, 279; integrazione del giudizio in *cass.*, v. *Integrazione del giudizio;* decorrenza del termine per ricorrere, 280; rinuncia a ricorrere, v. *Acquiescenza;* rinuncia al ricorso, 280; giudizio di rinvio, 281.

Cessione - Come fonte di garantia, 3; dà luogo a un caso di garantia formale, 5, *17.*

Chiamata in causa del garante - Come elemento della chiamata in garantia, v. *Chiamata in garantia;* può esser fatta anche in caso di incompetenza assoluta, 117; opposizione del terzo molestante o del garante alla chiamata in causa, v. *Questioni incidentali;* chiamata in causa (intervento coatto) del garante in appello, v. *Appello.*

Chiamata in garantia - Sconosciuta al diritto romano, 23; sua origine germanica, 27; si sviluppa nel *droit coutumier,* 31; è riconosciuta dall'Ordinanza del 1667, 32; nel diritto comune, 36; prime manifestazioni nella pratica romana e napoletana, 38; nelle Costituzioni piemontesi e modenesi, 39; nel Cod. proc. civ. Francese e nelle leggi processuali a tipo francese, 42-48; in Italia, 57-61, v. *Indice delle Fonti;* evoluzione storica, 62; azione di garantia in via incidentale, 67; definizione, 67; elementi, 67; chiamata in causa del garante, suo duplice scopo, 68; effetti della omissione di tale chiamata in causa, 68; 68, *14;* la chiamata in causa del garante non libera il garantito dal dovere di continuar la lite, 68 *); proposizione contemporanea dell'azione di difesa e dell'azione di regresso, 69; condizioni per proporre *c. in g.*, 70; da chi, 71; dall'attore in proprio; id. in surrogazione del convenuto, v. *Attore;* dal garante contro un subgarante, v. *Subgarantia;* dall'interveniente, v. *Intervento;* contro chi, 74; duplice carattere della *c. in g.;* azione ed eccezione, 75, 137; sistemazione, 76; distinzione dagli istituti affini, v. *Denunzia di lite, Designazione di autore, Intervento;* regole di competenza, v. *Competenza; c. in g.* in appello, v. *Appello;* entro che termine si propone, v. *Termine;* come si propone di fronte al terzo molestante, 155-158; di fronte al garante, 159-160, v. *Citazione, Comparsa;* dà luogo ad una nuova causa, abbinata colla cau-

sa di molestia, v. *Abbinamento di processi;* regole speciali in caso di garantia formale, v. *Assunzione di lite, Esecuzione, Messa fuori di causa, Notificazione, Spese.*

Citazione - *Cit.* preventiva del garante, v. *Termine;* la *cit.* con cui si chiama in causa il garante non deve esser notificata al terzo molestante, 157; ma dev'essere depositata in cancelleria, 157, v. *Termine;* la c. in g. si propone con *cit.*, 159; a udienza fissa, anche dopo la mutazione di rito, 160, *81;* mancata *cit.* del garante, 168; id. tardiva, 169; rinnovazione della *cit.*, come causa di sospensione del termine, v. *Termine;* id. obbligatoria al chiamato in garantia contumace, v. *Contumacia;* id. in caso di morte o cambiamento di stato del citato, 178.

Clausola compromissoria - Generale e speciale, v. *Compromesso.*

Colpa aquiliana - Come fonte di responsabilità, v. *Responsabilità.*

Comparsa - Nullità della chiamata in garantia proposta per *comp.*, 160; contro una parte già in causa, 74; 160.

Compensazione - Proposta dal chiamato in garantia, 107; l'art. 102 Cod. proc. civ. non si applica alla garantia, 123.

Competenza - *Comp.* per il giudizio di rivendicazione nel diritto romano, 20, 92; id. per l'azione di regresso, 20, 92; id. nel diritto francese, 31; id. nel diritto comune, 36; erronea interpretazione di leggi romane, 37; *comp.* per l'azione di regresso nelle moderne leggi tedesche, v. *Denunzia di lite;* id. nella chiamata in garantia, 93 e segg.; evoluzione storica della regola di *comp.*, 93; *idem judex*, 94; inapplicabilità del criterio della prevenzione, v. *Prevenzione; simultaneus processus*, v. *Unione di cause;* non è *comp.* di ordine pubblico, 97; non si applica alla garanzia impropria, 98-100; la *comp.* per connessione vale durante la pendenza della causa di molestia, 101; tale pendenza cessa quando la causa di molestia è in appello, 102; vale per l'azione di garantia in via principale e in via incidentale, 103; deroga alla *comp.* relativa, 103; effetti sulla *comp.* dello iniziarsi della causa di molestia, 104; id. del compiersi, 106; la *comp.* per connessione si estende alle questioni subordinate, anche se proposte prima, 107; sua efficacia in caso di litispendenza, v. *Litispendenza;* id. di fronte agli stranieri, v. *Stranieri;* se il garante può eccepire la incompetenza, v. *Declinatoria del foro, Garante;* la *comp.* per connessione non deroga alla competenza assoluta, 116; *comp.* assoluta per materia, 118; giurisdizione civile e commerciale, 119; id. industriale e amministrativa, 120; *comp.* assoluta per valore, 121; diversità di valore tra questione di molestia e questione di garantia, 122; questione di garantia di valore superiore, 123; *comp.* assoluta per grado, v. *Appello;* la *comp.* per connessione non vien meno per la inosservanza del termine, 163.

Compravendita - Come fonte di garantia, 3; nel diritto romano, 14-20.

Compromesso, come rinuncia alla competenza per connessione, 115; v. *Giurisdizione arbitrale.*

Comune (*diritto*) - Regole sulla garantia nel *d. com.*, v. *Chiamata in garantia, Denunzia di lite, Garantia.*

Conciliatore - Chiamata in g. dinanzi al *Conc.*, v. *Notificazione, Subgarantia, Termine.*

Conclusion de requeste formelle - Nel diritto francese, prima forma di c. in g., 31.

Confessione - Efficacia sul garantito della *conf.* del garante, v. *Prove.*

Connessione - Relazione tra azione di molestia e azione di garantia: teoria della identità degli elementi, 85; confutazione, 86; natura di tale *conn.*, 90; principi fondamentali che ne derivano, 91; competenza per *conn.*, v. *Competenza;* questioni connesse alla questione di garantia, 107; la relazione di *conn.* non esiste nei casi di garantia impropria, v. *Competenza.*

Continenza di causa - Se la dipendenza dell'azione di garantia dall'azione di molestia possa considerarsi *cont. di causa*, 89.

Contumacia - Del convenuto principale: rinnovazione di citazione, 147; riapertura del giudizio, 147; del chiamato in garantia, 171; opposizione contumaciale del garante, v. *Opposizione contumaciale;* diritto ad appellare del garante contumace, v. *Appello.*

Convenzionale (garantia), v. *Garantia.*

Conversione del negozio processuale - Applicazione alla c. in g., 163, *92.*

Coobbligazione - Come fonte di garantia, 3.

Danni - Richiedibili al garante in caso di mancata difesa, 1; misura di essi, 1, *5;* v. *Azione di regresso;* richiedi-

bili al garantito in caso di mancata citazione del garante, 168; in caso di assunzione di lite, come si regolano i *dan.* secondo il diritto francese, 236; nel nostro diritto, 238.

Debito solidale - Come fonte di garantia, 3.

Declinatoria del foro - Improponibile dal garante per ragione del suo domicilio, 110; proponibile in caso di frode del garantito, 111; id. per ragione del domicilio del garantito, 112, 200; in caso di rinuncia al foro di connessione, v. *Elezione di domicilio;* in caso di rinuncia alla giurisdizione ordinaria, v. *Compromesso;* per incompetenza assoluta, 117; causa di sospensione del termine per proporre c. in g., v. *Termine.*

Defensio - Stipulata espressamente nelle carte di vendita medievali, 26, *61.*

Denunciatio litis - Nel diritto romano e nel diritto comune, v. *Denunzia di lite.*

Denunzia di lite - Nel diritto romano, 14-23; nella *mancipatio,* 14; nella vendita consensuale, 15; definizione, 16, 79; conseguenze della omessa denunzia, 19, 68; termine, 17; forma, 18; conseguenze, 19; giudice competente, v. *Competenza;* nella fideiussione, 21-22; in appello, 127; natura della *den. di lite* nel diritto romano, 23; nel diritto comune, 33; 34; *dilatio denunciatoria,* nel diritto comune, 34; *denunciatio incitatoria,* nel diritto comune, 35; la *den. di lite* entra in Germania colla recezione del diritto romano, 40; nelle leggi austriache, 50-53; nelle leggi germaniche, 54; 55; nel Cod. civile spagnolo, 46 *); v. *Indice delle Fonti;* effetto della *den. di lite,* 65; nel nostro diritto, 68, *13;* in che differisce dalla c. in g., 79; in che casi è ammessa nel diritto tedesco, 79, *40;* in relazione alle spese, 241 *); in relazione ai mezzi di impugnativa, 247, *8.*

Deposito - Dei documenti nel procedimento formale, in relazione al termine per proporre la c. in g., v. *Termine; dep.* della citazione del garante, v. *Citazione.*

Deroga alla competenza ordinaria - Causata dalla c. in g., v. *Competenza.*

Designazione di autore - Nel diritto romano, 23 *); nel diritto statutario, 33, *83;* nel diritto comune, 36; 36, *93;* nel diritto portoghese, 46; nel Reg. austriaco, 52; nel Reg. germanico, 54; sua natura, 80; in che differisce dalla chiamata in garantia, 80; nel nostro diritto, 80; 209.

Difesa in giudizio - Oggetto principale della obbligazione di garantia, 2; facoltativa, non obbligatoria, nel diritto romano, 23; nei documenti medievali, v. *Defensio;* diviene obbligatoria nel diritto comune, 35; facoltativa nel diritto tedesco contemporaneo, 64; obbligatoria per il Reg. Giuseppino, 65; fondamento della *dif.,* 205; non esiste nella garantia impropria, 206.

Δίκη βεβαιώσεως - Azione di garantia nell'antico diritto greco, 20 *).

Dilatio denunciatoria - Nel diritto comune, v. *Denunzia di lite.*

Divisione - Come fonte di garantia, 3.

Domanda di molestia - In relazione alla domanda di garantia, v. *Azione di molestia.*

Domanda nuova - Se la c. in g. proposta in appello si possa considerare come tale, v. *Appello.*

Donazione - Come fonte di garantia, 3.

Droit coutumier - Sviluppo della c. in g. nel *dr. cout.,* v. *Chiamata in garantia.*

Eccezione - Ecc. dilatoria nascente dalla c. in g., 75, v. *Dilatio denunciatoria, Jour de garant;* classificazione della c. in g. tra le *ecc.* dilatorie, 76; *ecc.* di incompetenza che il garante può proporre, v. *Declinatoria del foro; ecc.* di merito e processuali che può proporre il garante contro il terzo molestante, v. *Garante; ecc.* nascente dall'articolo 1497 Cod. civ., 68; 164, *102.*

Elezione di domicilio - Non fa presumere rinuncia alla competenza per connessione, 114; il garante non può invocare la *el. di dom.* passata tra le parti principali, 201.

Esecuzione - Della sentenza che pone fine al giudizio, 229; *es.* della condanna del garante condizionata all'*es.* della condanna principale, 229; in garantia formale, *esecutorietà* della sentenza contro il garantito, 235; chiamata in g. proposta in un giudizio d'*es.,* v. *Appello.*

Espropriazione forzata - Come fonte di garantia, 3, *10.*

Fideiussione - Come fonte di garantia, 3; nel diritto romano, 21, 22; esempio di azione di regresso proponibile prima dell'azione di molestia. 101.

Formale (garantia) v. *Garantia.*

Frode - Chiamata in g. in *fr.* del garante, v. *Declinatoria del foro;* id., in *fr.* del terzo molestante, 137; 140.

Garante - *Garrens* o *warrens* nei diritti

germanici, 24, *44;* in che casi il *gar.* può sollevare eccezione di incompetenza, v. *Declinatoria del foro;* il *gar.* può intervenire dinanzi a giudice assolutamente incompetente a giudicare la c. in g., v. *Chiamata in causa;* il *gar.* può intervenire in appello, v. *Appello;* non può eccepire la decadenza del termine, 164, 184; questioni incidentali tra *gar.* e garantito, v. *Questioni incidentali;* il *gar.* non può chiedere la separazione delle cause, salvo casi eccezionali, 184, 185; questioni incidentali tra *gar.* e terzo molestante, v. *Questioni incidentali;* facoltà del *gar.* nella causa di molestia, 198; può valersi di mezzi propri e di mezzi del garantito; può proporre eccezioni di merito, riconvenzione, eccezione di prescrizione, 199; id. eccezioni processuali, 200; estensione dei mezzi del *gar.* al garantito, 201; confessione, giuramento del *gar.*, v. *Prove;* se il *gar.* sia parte nella questione di molestia, 207; capacità a testimoniare del *gar.* v. *Prove;* il *gar.* formale può assumer la lite, v. *Assunzione di lite;* facoltà del *gar.* assuntore della lite, v. *Assunzione di lite*: responsabilità del *gar.* per le spese e i danni, v. *Danni, Spese;* opposizione contumaciale del *gar.*, v. *Contumacia;* quando il *gar.* può appellare, v. *Appello;* effetti dell'acquiescenza o dell'appello del *gar.*, v. *Acquiescenza, Appello;* quando il *gar.* può fare opposizione di terzo, v. *Opposizione di terzo;* id. ricorrere in cassazione, v. *Cassazione.*

Garantia - Definizione, 1; etimologia, 1, *1;* duplice oggetto della obbligazione di *g.*, 1; divisibilità, 1, *8;* natura processuale della prestazione di *g.*, 2; significati della parola, *g. processuale* e *g. sostanziale 2, 8;* fonti della *g,* 3; *g. formale* e *g. semplice,* definizione, 4; differenze, 4, 200; *g. reale* e *g. personale,* 5; carattere personale del diritto, di *g.*, 5, *13; g.* formale nascente da cessione, v. *Cessione; g. legale, convenzionale, di diritto, di fatto,* 5; *g. impropria,* v. *Responsabilità;* natura dell'obbligazione di *g.* nel diritto romano, 19, 23; id. nei diritti germanici, 27; trasformazione dell'obbligazione di *g.* nel diritto comune, ove assume un contenuto processuale, 35; momento in cui l'obbligazione di *g.* diventa esigibile, 90, *16;* regole speciali nei casi di *g.* formale, v. *Chiamata in garantia.* V. passim *Azione di garantia, Chiamata in garantia.*

Garantito - Questioni incidentali tra *ga.* e terzo molestante; id. tra *ga.* e garante, v. *Questioni incidentali;* il *ga.* può far valere i mezzi del garante, 201; nei casi di assunzione di lite, può esser messo fuori causa, v. *Messa fuori causa;* in questo caso può assistere alla causa, v. *Assistenza volontaria;* opposizione del terzo molestante alla messa fuori causa del *ga.*, v. *Questioni incidentali;* responsabilità del *ga.* per i danni e le spese, v. *Danni, Spese;* il *ga.* è sottoposto alla sentenza che condanna il garante, v. *Esecuzione;* quando il *ga.* può appellare, v. *Appello*: effetti dell'acquiescenza o dell'appello del *ga.*, v. *Acquiescenza, Appello;* quando il *ga.* può fare opposizione di terzo, v. *Opposizione di terzo;* id. ricorrere in cassazione, v. *Cassazione.*

Germanico (*antico diritto*) - Procedura di rivendicazione, v. *Intertiatio; Indice delle Fonti.*

Giudice - Poteri del *giud.* in relazione alla c. in g.; la c. in g. non può essere ordinata d'ufficio, 71; nè la denunzia di lite, 71, *17;* la c. in g. in appello è rigettabile d'ufficio, v. *Appello;* non occorre preventiva autorizzazione del *giud.* per proporre c. in g., 137; in altre legislazioni, 137, *5;* il *giud.* non ha un potere discrezionale per negare d'ufficio il rinvio, 137, 149; nel giudizio possessorio, 150; la concessione del rinvio non pregiudica i diritti del garante, 137, *5;* se il *giud.* possa ordinare d'ufficio la separazione delle cause, 178.

Giuramento - Efficacia di fronte al garante del *giur.* del garantito, v. *Prove.*

Giurisdizione - *Civile* e *commerciale,* può impedire l'unione delle cause, non la competenza per connessione, v. *Competenza; giuris. amministrativa, industriale,* casi di incompetenza per materia, v. *Competenza;* rinuncia alla *giuris.* ordinaria, v. *Compromesso; giuris. arbitrale,* non è proponibile c. in g. dinanzi agli arbitri, 115, *52.*

Greco (antico diritto) - Regole sulla garantia, 20 *).

Hauptintervention, v. *Intervento principale.*

Idem judex, v. *Competenza.*

Inadempienza contrattuale - Come fonte di garantia impropria, 10.

Incidentale (*appello*), v. *Appello.*

Incidenti, v. *Questioni incidentali.*

Incitatoria (*denunciatio*) - Nel diritto comune, v. *Denunzia di lite.*

Integrazione del giudizio - Come causa

di sospensione del termine per proporre c. in g., v. *Termine;* in appello, 255; in cassazione, 279.

Intertiatio - Nell'antico processo germanico, 24; significato controverso di tale espressione, 24, *43.*

Intervento in causa - Nel Codice ticinese, 45 *); *int. accessorio* effetto della denunzia di lite, 52, 54; *int. principale* id., 54; *int. coatto* del garante, v. *Chiamata in causa del garante;* se l'interveniente coatto possa proporre c. in g. 73; se l'interveniente volontario *ad adiuvandum,* 73; se l'interveniente volontario *ad excludendum,* 73; se l'interveniente volontario *a difesa,* 73; in che differisce dalla c. in g. l'*int. volontario,* 77; id. l'*int. coatto,* 78; 78, *36;* int. del garante in appello, v. *Appello;* id. in cassazione, v. *Cassazione; int.* del terzo molestante nella questione di garantia, 72, 195; *int.* del garante nella causa di molestia, 197; *int. difensivo,* diverso dall'*int. adesivo,* 197; non ha regole diverse secondochè è volontario o coatto, 197, *12;* facoltà del garante interveniente, v. *Garante; int. semplice* e *int. litisconsorziale,* 198.

Iscrizione a ruolo - Non occorre una nuova *iscr. a r.* per la causa di garantia, 189, *56.*

Jour de garant - Nell'antico diritto francese, 28.

Longobardico (*diritto*), v. *Germanico* (*antico diritto*).

Laudatio auctoris - Significato di tale espressione nel diritto comune, 36, *93;* se possa aver luogo dinanzi all'arbitro, 115, *52.*

Legislazione comparata - Sulla azione di garantia, v. *Indice delle Fonti.*

Litispendenza - Suo influsso sulla c. in g., 108.

Locazione - Come fonte di garantia, 3.

Mancipatio - Come fonte di garantia, v. *Actio auctoritatis, Denunzia di lite.*

Manutenzione (*azione di*), v. *Possessorio.*

Materia (*competenza per*), v. *Competenza.*

Messa fuori causa del garantito - E' permessa nei casi di garantia formale, non in quelli di garantia semplice, 216; è una conseguenza della assunzione di lite, 217; ma non necessaria, 218; effetti, 219; effetti del restare in causa del garantito; forma e termine, 220; opposizione del terzo molestante, v. *Questioni incidentali.*

Mezzi per impugnare le sentenze - In relazione alla c. in g.: ordinari, Capitolo XI; straordinarî, Cap. XII; in relazione alla denunzia di lite, 247, *8;* v. *Appello, Cassazione, Opposizione contumaciale, Opposizione del terzo.*

Molestia - Presupposto della garantia, v. *Azione di molestia.*

Mutazione di procedimento, v. *Citazione.*

Nebenintervention, v. *Intervento accessorio.*

Nominatio auctoris - Nel diritto romano, v. *Designazione di autore.*

Notificazione - Della c. in g. al terzo molestante, necessaria a far sospendere la causa di molestia, 156; forma, 157; nel procedimento sommario, e dinanzi ai pretori e conciliatori è sostituita dalla comunicazione orale, 158; *not.* degli atti di causa al garantito assistente, 223, *87;* id. al garantito costretto a restare in causa, 225, *98; not.* della sentenza, 229; in caso di garantia formale, 235; *not.* della sentenza in relazione al termine per appellare, 261; suoi effetti, 262; 262, *56.*

Nullità - D'atti, come fonte di responsabilità, v. *Responsabilità; null.* commessa dall'ufficiale giudiziario in un giudizio d'appello, 134, *70;* id., in un giudizio di cassazione, 134, *69; null.* della citazione di garantia eccepita dal garante, 181; in relazione al termine, 181, *37; null.* eccepita dal garante nella causa di molestia, 200.

Obbligazione indivisibile - Come fonte di garantia, 3.

Obbligazioni personali del garantito - Come motivo di opposizione del terzo molestante alla messa fuori causa del garantito, v. *Questioni incidentali, Spese.*

Opposizione contumaciale - Del garante, investe anche la questione di molestia, 246.

Opposizione del terzo - Del garante contro la sentenza che condanna il garantito, 131; 276; 277; del garantito, 251.

Ordinanze dei re francesi - Contro i rinvii dei processi, 29; *Ord.* del 1667, che accoglie la c. in g., 30, v. *Indice delle Fonti.*

Parte - Concetto di parte in relazione alla garantia, 207, v. *Garante, Terzo molestante;* in relazione alla impugnativa della sentenza, 246, *5;* 248; 278.

Perenzione - Concorrenza di norme diverse in tema di *per.*, nel caso di unione di cause, 119; in relazione alla c. in g., 192; la *per.* non è interrotta dall'azione di garantia, 192, 7.

Permuta - Come fonte di garantia, 3.
Personale (*garantia*), v. *Garantia.*
Possessorio (*giudizio*) - Caso di incompetenza per materia in un *giud. poss.*, 124, *31;* se in un *giud. poss.* sia proponibile la c. in g., 150.
Prescrizione - Dell'azione di garantia, v. *Azione di garantia.*
Presunzione di colpa, v. *Prove.*
Prevenzione - Criterio per determinare la competenza, inapplicabile alla garantia, 95; inapplicabile anche quando la causa di garantia è intentata prima, 104, *12.*
Pretore - Chiamata in g. dinanzi al *Pr.*, v. *Termine;* se il *Pr.* possa negare d'ufficio il rinvio della causa, v. *Giudice;* nei giudizî davanti al *Pr.* non occorre notificazione scritta della c. in g., v. *Notificazione;* v. anche *Questioni incidentali.*
Procedimento - Partizione delle regole del *proced.* di c. in g., 136; *proced.* formale, termine per proporre la c. in g., v. *Termine; proced.* avanti ai Pretori e Conciliatori, id. id., v. *Termine;* mutazione di *proced.*, v. *Citazione; proced.* incidentale, non occorre per la proposizione della c. in g. nel rito formale, 156; id., nelle questioni incidentali, 188, v. *Questioni incidentali.*
Processo - Al quale dà luogo la c. in g., v. *Abbinamento di processi;* analisi della costituzione processuale, 194; *proc.* in cui si svolge la questione di garantia, 195; id. in cui si svolge la questione di molestia, 196.
Proposizione dell'azione di difesa - Come elemento della c. in g., v. *Azione di difesa.*
Proposizione dell'azione di regresso - Come elemento della c. in g., v. *Azione di regresso.*
Prove - Presunzione di colpa a carico del garantito nel diritto romano, 16; id. a carico del garante nel diritto odierno, 68; concorrenza di norme probatorie diverse in caso di unione di cause, 119; quali *pr.* possa esperimentare il garante nella causa di molestia, 203; effetti di fronte al garantito della confessione e del giuramento del garante, 204; capacità del garante a prestar testimonianza, 208.
Questione di garantia - In correlazione colla questione di molestia, v. *Azione di molestia;* la *quest. di g.* non è una questione incidentale, v. *Questioni incidentali.*
Questione di molestia - In correlazione colla questione di garantia, v. *Azione di molestia.*
Questioni incidentali - Tra garantito e terzo molestante, 173; opposizione del terzo molestante alla sospensione della causa, 174-175; motivi, 175; nel procedimento formale, 175; nel procedimento sommario e davanti ai Pretori e Conciliatori, 176; opposizione del terzo molestante alla unione delle cause, 177; id. alla messa fuori causa del garantito, 180; 225; *quest. inc.* tra garantito e garante, 181 e segg.; la questione di g. non è incidentale, 182; *quest.* sull'ammissibilità della chiamata in causa, 183; *quest.* sulla separazione delle due cause, 184, 185; *quest. inc.* tra garante e terzo molestante, 186; subgarantia, 187; procedimento incidentale, v. *Procedimento;* onere delle spese nelle *quest. inc.*, v. *Spese.*
Rappresentanza - Concorrenza di norme diverse in tema di *rapp.* nel caso di unione di cause, 119; inesattezza del considerare l'assunzione di lite come un caso di *rapp.*, v. *Assunzione di lite.*
Reale (*garantia*), v. *Garantia.*
Regressklage - Nel diritto germanico, v. *Azione di regresso.*
Regresso - Etimologia, 6, *24;* v. *Azione di regresso.*
Reintegrazione (*azione di*), v. *Possessorio.*
Responsabilità - Considerata come garantia impropria, 7; per colpa aquiliana, 8; caso speciale per nullità di atti, 9; per inadempienza contrattuale, 10; per contratto, 11; le regole dell'azione di garantia non si applicano all'azione di risarcimento nascente da *resp.*, 7; non esiste connessione in caso di garantia impropria, v. *Competenza;* nè fondamento alla difesa, v. *Difesa.*
Riapertura del giudizio - In relazione al termine per proporre c. in g., v. *Contumacia, Termine.*
Riconvenzione - Proposta dal chiamato in garantia, in relazione alla competenza, 107, v. *Competenza;* di valore superiore al foro adito, v. *Valore;* l'art. 101 Cod. proc. civ. non si applica alla garantia, 123.
Rinnovazione della citazione, v. *Citazione.*
Rinuncia - Alla competenza per connessione, 113; espressa o tacita, generica o specifica, 113, v. *Compromesso, Elezione di domicilio; rin.* agli atti del giudizio in relazione alla c. in g.,

192; accettazione, 192, *3; rin.* all'appello, v. *Acquiescenza;* rin. a ricorrere in cassazione, v. *Acquiescenza; rin.* al ricorso, v. *Cassazione.*

Rinvio - Della questione di molestia prodotto dalla c. in g., v. *Sospensione, Termine;* giudizio di *rinv.*, v. *Cassazione*

Ripuario (*diritto*), *v. Germanico* (*antico diritto*).

Risarcimento di danni, v. *Danni.*

Rivalsa - Etimologia, 6, *24;* v. *Azione di regresso.*

Romano (*diritto*) - Regole sulla garantia nel *dir. rom.*, v. *Denunzia di lite, Indice delle Fonti.*

Salico (*diritto*), v. *Germanico* (*antico diritto*).

Scetseni - Costumanza degli *Sc.* per rivendicare le cose rubate, 25 *).

Semplice (*garantia*), v. *Garantia.*

Sentenza - Che pone fine al giudizio di merito, 229; esecutorietà e notificazione di essa, v. *Esecuzione, Notificazione;* in nome di chi è pronunciata in caso di assunzione di lite, 236.

Separazione - Delle cause di molestia e di garantia, non può esser chiesta dal garante, 165, 184; solo eccezionalmente, 185, v. *Garante;* in caso di contumacia del garante, 171; in caso che la questione di garantia non sia matura a decisione, 177; se possa ordinarla il giudice d'ufficio, v. *Giudice;* possibile anche in garantia formale, 178; in caso di rinnovazione di citazione per morte o cambiamento di stato, v. *Citazione;* effetto della *sep.*, 179; incensurabilità in cassazione della sentenza che pronuncia la *sep.*, v. *Cassazione.*

Simultaneus processus, v. *Unione delle cause.*

Società - Come fonte di garantia, 3.

Sommation à garant - Denunzia di lite nell'antico diritto francese, 30.

Sospensione - Della causa di molestia, effetto della c. in g. regolarmente proposta, 137, 161; sua durata, 161; opposizione del terzo molestante alla *sosp.*, v. *Questioni incidentali; sosp.* del termine per proporre c. in g., v. *Termine.*

Sostituzione processuale, v. *Assunzione di lite, Surrogazione.*

Spese del giudizio - Come onere del soccombente, casi comuni alle due specie di garantia, 231; per le questioni incidentali, 232; come obbligazione sostanziale, 233; casi speciali alla garantia formale, 236 e segg.; obbligazione del garante assuntor della lite nel diritto francese, 236; nel nostro diritto, 237; il garantito restato in causa è esente dalle *sp. del giudizio*, 237, 238; non può esser fatto restare in causa al solo scopo di pagar le *sp.*, 239; è obbligato verso il terzo molestante per le *sp.* precedenti alla c. in g., 240; applicazioni pratiche, 241; nella denunzia di lite, 241 *); come obbligazione sostanziale, in caso di garantia formale, 242; *sp.* precedenti alla c. in g., 242; id. di assistenza in causa, 242; caso di insolvenza del terzo molestante soccombente, 243.

Stipulatio duplae - Nella vendita del diritto romano, 15.

Storia - Della azione di garantia, v. *Indice delle Fonti.*

Stranieri - Chiamata in g. degli *str.*, 109.

Streitverkündung, v. *Denunzia di lite.*

Subgarantia - Limitazione del numero dei subgaranti negli antichi diritti germanici, 25; *subg.* in generale, 73; competenza, 107; termine, 153; dinanzi ai Pretori e ai Conciliatori, 154; questioni incidentali in caso di *subg.*, v. *Questioni incidentali;* giudizio di merito e sentenza, 264.

Surrogazione - Del terzo molestante al garantito nell'azione di garantia, 72, 195.

Termine - Per la denunzia di lite nel diritto romano, v. *Denunzia di lite; term.* dentro il quale doveva avvenire la presentazione dell'autore nei diritti germanici, 25; 25, *46; term.* per chiamare il garante nel *droit coutumier*, v. *Jour de garant; term.* per la denunzia di lite nel diritto comune, v. *Dilatio denunciatoria; term.* dentro il quale il garante deve comparire, 138; in caso di più garanti, 139; *term.* per proporre la c. in g., concetto, 137; natura di esso, 138; abusi ai quali può dar luogo la c. in g., 29, 140; *term.* stabilito allo scopo di reprimerli, nel diritto francese, 140; nel nostro diritto, procedimento formale, 142; procedimento sommario, 143; dinanzi ai Pretori, 144; dinanzi ai Conciliatori, 145; abbreviazione dei *term.*, in relazione al *term.* per comparire, 139, *6;* id. in relazione al *term.* per proporre la c. in g., 142, *13;* citazione preventiva del garante, 146; cause di sospensione del *term.*: declinatoria del foro, integrazione del giudizio, ritardato deposito dei documenti, rinnovazione di citazione, riapertura del giudizio, 147; *term.* per inventario e

deliberare nel diritto francese, 148; appellabilità della sentenza che accorda il *term.*, v. *Appello;* analisi del *term.*, 152; *term.* per la subgarantia, 153, v. *Subgarantia; term.* per depositare in cancelleria la citazione del garante, 157, *75;* necessità di osservare il *term.* per aver la sospensione, 161; effetti della inosservanza, 162; tale inosservanza non produce nullità della c. in g. di fronte al garante, 163; non può essere eccepita dal garante, 164, 184; in che senso si può dire che il *term.* è perentorio, 163; id. che non è perentorio, 165; unicità del *term.*, 166; se il *term.* è sospeso da una citazione nulla, 181, *37; term.* per appellare, v. *Appello;* per ricorrere in cassazione, v. *Cassazione.*

Terzo molestante - Significato di questa espressione, 63, *1;* può intervenire nella questione di garantia, o surrogarsi al garantito, v. *Intervento, Surrogazione;* può opporsi alla sospensione della causa di molestia, alla riunione delle cause, alla messa fuori causa del garantito, v. *Questioni incidentali;* domande del *t. mol.* contro il garante nella questione di molestia, 107; 107, *19;* 202; di regola non è parte nella questione di garantia, 207; responsabilità per le spese, v. *Spese;* sue facoltà in relazione all'appello e al ricorso per cassazione, v. *Appello, Cassazione.*

Testimonianza - Capacità del garante a prestare *test.* nella causa di molestia, v. *Prove.*

Transazione - Capacità del garante assuntor della lite a far *trans.*, 226.

Trasmissione di un diritto - Come fonte di garantia, 3.

Unione delle due cause - Sua opportunità, 96; la impossibilità di essa non distrugge la competenza per connessione, 105; è impedita dal diverso carattere civile e commerciale delle due questioni, 119; in caso di *un.* ciascuna causa conserva il suo carattere, 119; avviene mediante comunicazione al terzo molestante, senza ulteriore provvedimento di giudice, 155, 189; su provvedimento del giudice, se la chiamata è fuori del termine, 166; opposizione del terzo molestante alla *un.*, v. *Questioni incidentali.*

Valore - Competenza per *val.*, v. *Competenza; val.* della questione di garantia superiore a quello della questione di molestia, 123; id. inferiore, 124; riconvenzione opposta dal garante, di *val.* superiore al foro adito, 125.

Vertretungsklage - Nel diritto austriaco, v. *Azione di difesa.*

Warrens - Negli antichi diritti germanici, v. *Garante.*

II

CHIAMATA IN GARANTIA E GIUDIZIO ARBITRALE (*)

Verte dinanzi a un tribunale ordinario una causa tra due parti, una delle quali, in relazione all'oggetto della domanda avversaria, vanta un diritto di garantìa, formale o semplice, contro un terzo finora estraneo alla lite: valendosi della regola di competenza stabilita dall'art. 100 cod. proc. civ., secondo il quale « l'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale, è competente a conoscere... dell'azione in garantìa », colui che pretende di essere garantito chiama in causa il suo garante per essere da lui difeso o indennizzato; ma il preteso garante eccepisce che tra lui e il chiamante in causa esiste una clausola compromissoria *generale*, per la quale deve essere deferita ad un collegio d'arbitri la decisione di tutte le controversie tra loro eventualmente nasciture. Si domanda se, nonostante l'esistenza di questa clausola compromissoria *generale*, il garante sia costretto a sottoporsi alla competenza stabilita dall'art. 100 cod. proc. civ., o se, al contrario, il garantito debba necessariamente esperimentare la sua azione in garantìa dinanzi al collegio arbitrale (1).

La Cassazione di Roma nella decisione che annotiamo, il cui testo fu già riferito a col. 585 e segg. di questo stesso volume con nota di ri-

---

(*) Pubblicato in « Il Foro italiano », vol. XXXVII (1912), parte I, col. 1143-1147, in nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 27 febbraio 1912, Pres. Quarta P.P., Est. De Santi, P.M. De Feo (concl. conf.); Società officine di Savigliano (Avv. Bensa) c. Merli (Avv. Dari). La sentenza era così massimata: « La competenza arbitrale non deroga alla competenza per connessione o continenza di causa stabilita dall'art. 100 cod. proc. civ.; e quindi, promossa l'azione principale dinanzi al magistrato ordinario, il convenuto, che voglia promuovere l'azione in garantìa, deve proporla dinanzi allo stesso magistrato, sebbene per un compromesso generale tutte le controversie fra esso e il chiamato in garantìa debbano essere decise da arbitri ». [*Bibliografia*, n. 27].

(1) Non si deve confondere tale questione coll'altra che potrebbe nascere quando, deferita per compromesso ad un collegio d'arbitri la decisione di una controversia, uno dei litiganti volesse chiamare in garantia, dinanzi a quel collegio arbitrale, un terzo estraneo al compromesso. Per il principio che il compromesso non può avere efficacia di fronte a chi non concorse a crearlo, la connessione di causa non potrebbe avere la forza di sottrarre il garante ai giudici ordinarî.

chiami, adottando la prima delle due soluzioni — la soluzione, cioè, che ritiene applicabile, non ostante il compromesso, la competenza stabilita dall'art. 100 cod. proc. civ. — provvidamente arresta il corso di una contraria giurisprudenza prevalsa in questi ultimi anni, della quale i fondamentali argomenti a sostegno della opposta tesi possono ridursi a tre:

1) Il compromesso determina negli arbitri una vera e propria *giurisdizione* speciale, la quale esclude la giurisdizione dell'autorità giudiziaria per tutta la materia cui si riferisce; non si può dunque in questo caso pretendere di applicare le regole della competenza per connessione, appunto perchè trattasi di materia sottratta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

2) La competenza degli arbitri si estende alla *materia* che le parti interessate vollero sottratta alla competenza del giudice ordinario; ora, siccome l'art. 100 cod. proc. civ. espressamente dichiara che la competenza per connessione non ha efficacia di fronte alla competenza per materia o per valore, si deve concludere che il disposto di tale articolo non può trovare applicazione nel caso di competenza arbitrale, che è competenza *per materia.*

3) La competenza per connessione, di cui quella stabilita per l'azione in garantia dall'art. 100 cod. proc. civ. forma una specie, è costituita nell'interesse privato, per la economia dei giudizî; sicchè possono le parti liberamente rinunciarvi senza che vi si oppongano ragioni di ordine pubblico. La clausola compromissoria, che contiene una manifestazione di volontà delle parti, deve quindi prevalere sulla competenza per connessione, poichè, come l'art. 1123 cod. civ. riconosce, « *voluntates legitimae contrahentium omnimodo servandae sunt* » (2).

I due primi argomenti non meritano in verità una lunga confutazione.

Si può ritenere, non ostante che alcuno (3) lo metta in dubbio, che il compromesso, la cui efficacia deriva dal riconoscimento della legge, venga a creare negli arbitri una vera e propria giurisdizione, poichè gli arbitri, per poter validamente decidere le controversie ad essi sottoposte, debbono necessariamente esser forniti di un potere giurisdizionale, senza il quale le loro pronuncie non avrebbero alcun carattere di

---

(2) Cass. Firenze 16 gennaio 1899 (*Foro it.*, 1899, I, 399); Cass. Roma 22 giugno 1900 (*id.*, 1900, I, 1362); Cass. Torino 15 luglio 1902 (*id.*, Rep. 1902, voce *Competenza civ.*, n. 170), 22 maggio 1905 (*id.*, 1905, I, 1051) e 5 febbraio 1907 (*id.*, 1907, I, 708); App. Genova 3 febbraio 1908 (*id.*, Rep. 1908, voce *Competenza civ.*, n. 173) e 23 giugno 1910 (*id.*, Rep. 1910, voce *Arbitramento*, n. 34).

(3) Sul carattere giurisdizionale del lodo, cfr. CHIOVENDA, *Principî di dir. process. civ.*, 3ª ed., p. 108, nota 1.

sentenze obbligatorie. Ma, come ben dice la Cassazione di Roma nella annotata sentenza, « data la legittima potestà giurisdizionale di un giudice, non è per ciò solo risoluta la questione circa la sua competenza, essendo troppo noto che la competenza discende dalla distribuzione della potestà giurisdizionale fra i diversi giudici ». Giurisdizione è la potestà di giudicare, in astratto: competenza è invece la misura di tal potestà, la concreta determinazione delle controversie sulle quali essa può legittimamente esercitarsi. Ora, quando si discute se una determinata controversia rientri o no tra quelle che gli interessati hanno inteso di sottoporre alla giurisdizione arbitrale, si fa, evidentemente, una questione di competenza. E prima di affermare che non si possono applicare in questo caso le regole della competenza per connessione perchè trattasi di materia sottratta alla giurisdizione ordinaria, occorre appunto, se non si vuol cadere in una petizione di principio, dimostrare che i compromittenti abbiano voluto sottrarre al giudice ordinario la materia in questione.

Anche più inconsistente è il secondo argomento, secondo il quale il compromesso determinerebbe negli arbitri una competenza *per materia*. Si sa, per nozione elementare di procedura, che, quando si parla di competenza *per materia*, si ha in mente quella competenza reale, assoluta, che, per ragioni di ordine pubblico, la legge determina in relazione all'indole obiettiva di certe controversie, indipendentemente dalla volontà dei litiganti. Ora, nessuno di questi requisiti si riscontra nel concetto di competenza arbitrale, la quale è una competenza personale, relativa, stabilita per convenzione delle parti nel loro esclusivo interesse e non già in contemplazione di uno speciale carattere materiale delle controversie. « La competenza per materia — dice il Castellari — è una nozione propria della giurisdizione dei magistrati ufficiali, estranea quindi alla capacità di giudicare che le parti, entro i limiti assegnati dalla legge, possono attribuire ai privati di loro fiducia » (4). E giustamente il Mortara scrive che il chiamare competenza per materia quella degli arbitri in quanto fu deferita *la materia di una lite* al loro giudizio, è soltanto « un giuoco di parole poco felice » (5).

Resta il terzo argomento, l'unico che può avere un certo valore. L'estensione della competenza arbitrale, infatti, che è competenza essenzialmente *convenzionale*, deve esser sempre delimitata alla sola stregua della convenzione; i confini di tal competenza, purchè non incontrino ostacoli d'ordine pubblico, devon potersi allargare fino a quel punto al quale vogliono allargarli i compromittenti.

---

(4) *La competenza per connessione* (Appendice ai §§ 750-752 del *Trattato delle Pandette del Glück*, L. XI, t. II, trad. Fadda e Cogliolo) p. 516.

(5) *Commentario*, vol. II, p. 331 nota 1. Vedi anche sul carattere personale della competenza arbitrale il n. 10 dello stesso volume.

Domandiamoci anzitutto: si può per convenzione rinunciare alla competenza stabilita dalla legge per connessione di causa? La risposta deve essere affermativa. La competenza per connessione non è stabilita per ragioni d'ordine pubblico: sebbene essa risponda anche a uno scopo di pubblico interesse, qual è quello di evitare, mediante un *idem judex*, il pericolo di giudicati contraddittorî, i motivi che prevalentemente la giustificano sono di puro interesse privato, qual è quello di risparmiare, mediante un *simultaneus processus*, le spese e gli indugi di un doppio giudizio. Ora, se la competenza per connessione non è d'ordine pubblico (6), deve essere in facoltà delle parti di rinunciarvi con una espressa manifestazione di volontà: e, per conseguenza, qualora esse dichiarino, con manifestazione *espressa e speciale* di volontà, di rinunciare a quella competenza per connessione che l'art. 100 cod. proc. civ. stabilisce per l'azione in garantia e di volere invece sottomettere la decisione delle questioni di garantia al collegio degli arbitri, la loro volontà deve aver piena efficacia (7).

Ma qual è, di fronte alla competenza determinata dall'art. 100 cod. proc. civ. per l'azione in garantia, il valore della clausola compromissoria *generale*? Mi pare che la questione non sia stata posta finora nei suoi veri termini. Anzichè domandare « se la competenza arbitrale debba prevalere sulla competenza per connessione, determinata dalla legge per l'azione in garantia », il problema va formulato così: « può la clausola compromissoria *generale* far presumere nei compromittenti la volontà di rinunciare alla special competenza stabilita dalla legge per le questioni di garantia? » L'indagine, adunque, deve esser rivolta non a calcolare il prevalente valore comparativo della competenza arbitrale messa di fronte alla competenza per connessione, ma solo ad interpretare quale sia, in materia di garantia, la presumibile volontà delle parti compromittenti (8).

Se, come in alcuni giudicati si è tentato di fare, si volesse — indipendentemente dall'indagine sulla volontà delle parti — mettere a paragone l'efficacia della competenza per connessione con quella della competenza arbitrale, quasi a determinarne sovra una bilancia il peso rispettivo, si dovrebbe di necessità dare la prevalenza alla prima. La prima, infatti, è stabilita dalla legge, mentre la seconda è stabilita dai privati; la prima è, sì, come la seconda, determinata nell'interesse

---

(6) Castellari, *op. cit.*, p. 383-384; Galuppi, *Della competenza per connessione o continenza di causa*, n. 82, pubblicato a puntate in *Legge*, 1896; De Paepe, *De la compétence en matière de garantie* (Bruxelles, 1892), n. 8.

(7) Mortara, *Op. cit.*, vol. II, n. 233, in principio.

(8) Così la questione trovasi esattamente posta anche in una nota ad una sentenza della Cassazione francese 4 luglio 1889, pubblicata nel *Journal du Palais*, 1892, 1, 405.

privato, ma risponde anche contemporaneamente ad una ragione di pubblico interesse, che nella seconda manca del tutto. Cosicchè, anche da questo punto di vista, si dovrebbe nell'incertezza concludere che l'azione in garantia deve essere sottoposta all'impero di quella competenza che ha in sè maggior forza, vale a dire alle regole della competenza per connessione.

Ma, ripeto, questo non è il criterio giusto per risolvere la questione. Il criterio giusto è invece quest'altro: data l'indole specialissima della azione in garantia, è ammissibile, quando non vi è espressa dichiarazione specifica, che le parti abbiano voluto tacitamente comprenderla fra le controversie sottoposte alla giurisdizione degli arbitri?

L'azione in garantia, il cui sorgere è determinato nei singoli casi dal diritto sostanziale, tende al conseguimento di una caratteristica prestazione di natura processuale: il garantito, infatti, mira per essa a trarre nella causa principale già iniziata il terzo garante, affinchè costui lo difenda in giudizio dalle pretese della controparte; tale difesa giudiziaria, quella che gli antichi autori chiamavano il *factum defendendi* (9), evidentissima nei casi di garantia formale, nei quali il garante può perfino assumere sovra di sè la causa intera togliendo al garantito ogni carico di lite (art. 198 cod. proc. civ.), esiste anche nei casi di garantia semplice, nei quali il garante può sempre validamente contrastare le pretese dell'attore principale, provando la estinzione del vantato credito. Subordinatamente a questo scopo di difesa, che della azione di garanzia è l'oggetto principale e tutto proprio, essa mira anche, in via sussidiaria, a conseguire il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa.

In relazione a questo duplice oggetto, l'azione in garantia può essere esercitata in due modi: *incidentale* (nella forma di *chiamata in garantia,* secondo gli art. 193-200 cod. proc. civ.), quando il garantito, volendo ottenere l'oggetto principale e caratteristico dell'azione, esiga che il garante intervenga nella causa principale a prestar la sua difesa colà ove ha luogo l'offesa; in via *principale* (nelle forme ordinarie, alla maniera di una comune azione di risarcimento di danni) quando il garantito si contenti di ottener dal garante la semplice indennità della soccombenza. Evidentemente il primo modo di esercitare l'azione in garantia è assai più vantaggioso, tanto per il garantito, quanto per il garante: per il garantito, poichè sol per questa via egli può valersi del diritto di garantia nella sua pienezza, colla cumulativa richiesta della difesa giudiziaria o del risarcimento del danno; per il garante, poichè sol per questa via egli può portare al garantito validi mezzi di aiuto e

---

(9) POTHIER, *Traité du contrat de vente,* n. 104.

respingere così le pretese del comune avversario, che potrebbero in ultima analisi ricadere su lui.

Ciò premesso, non pare supponibile, quando non vi sia una espressa dichiarazione dei compromittenti, che essi abbiano voluto tacitamente rinunciare ai reciproci vantaggi derivanti dal poter esercitare l'azione in garantia in quella speciale forma che prende il nome di *chiamata in garantia,* con la special competenza determinata dall'art. 100 cod. proc. civile. Il rinunciare a tali vantaggi è, infatti, anzichè la semplice rinuncia ad una regola *formale* di competenza, la rinuncia alla *sostanza* di un diritto, il quale, quando non si applichi la competenza dell'art. 100 cod. proc. civ., resta per sua natura notevolmente menomato; poichè, se non si ha la riunione della causa principale alla causa di garantia resa possibile dal più volte ricordato art. 100, non si può avere neanche la difesa giudiziaria che del diritto di garantia è il fondamentale oggetto, e il diritto stesso viene a ridursi ad un assai meno vantaggioso diritto di risarcimento.

S'intende che, qualora il compromittente garantito, passati i termini per chiamare nella causa principale l'altro compromittente garante, voglia esperimentare contro di lui l'azione in garantia in via principale per ottenere il semplice rifacimento dei danni, dovrà investire della questione il collegio arbitrale, poichè in tal caso il sottoporre l'azione in garantia al giudice ordinario non porterebbe ormai al conseguimento di maggiori vantaggi. Ma, finchè si tratta di azione in garantia esercitata in via incidentale, non è supponibile che il silenzio dei compromittenti implichi rinuncia ai beneficî di un istituto giudiziario, il quale, più che sovra una semplice connessione di causa, si basa sulla natura tutta speciale di un diritto di difesa, che può essere pienamente soddisfatto sol quando il garante si presenti innanzi allo stesso giudice investito della causa del garantito.

Con criterî in parte analoghi il prof. L. Coviello esaminò in questo stesso periodico la questione se l'elezione di domicilio faccia presumere nelle parti l'intenzione di rinunciare ai vantaggi della competenza per connessione (10) e concluse negativamente, adducendo, a dimostrazione del suo assunto, che i contraenti « pattuirono un determinato fôro, avuto riguardo al caso normale che sorgessero controversie *direttamente* tra venditore ed acquirente, e non contemplarono punto il caso in cui questi, essendo da altri convenuto in giudizio, fosse a sua volta *costretto* a chiamarvi il garante ». Giustamente rilevava poi lo stesso Coviello che « non c'è nessuna incompatibilità tra la concessione di uno speciale foro giudiziale, per questioni che sorgeranno direttamente fra i contraenti, e la conservazione del diritto alla

(10) *Nota* alla sentenza App. Messina 13 aprile 1907 (*Foro it.*, 1907, I, 718).

chiamata in garantia, quando la controversia sorge per riflesso di un'azione intentata da terzi ».

A conferma della mia tesi milita anche un'altra ragione che il Codovilla (11) desume da un principio fondamentale del compromesso. La giurisdizione arbitrale, egli dice, non si estende a chi non concorse a crearla; quindi, siccome la chiamata in garantia mira a mettere il garante in diretto contraddittorio coll'avversasio del garantito, estraneo al compromesso, tale contraddittorio non può aver luogo che dinanzi ai giudici ordinarî.

Per questi motivi, alcuni dei quali sono stati efficacemente messi in luce dalla stessa annotata sentenza della Cassazione di Roma, ritengo che la clausola compromissoria *generale* non tolga a ciascuno dei compromittenti il diritto di chiamar l'altro in garantia dinanzi ai giudici ordinarî, in una causa ivi iniziata da un terzo estraneo al compromesso; e mi auguro che la giurisprudenza, ritornando a quello che fu prima dell'ultimo decennio il criterio prevalente (12), riconosca, come la Cassazione di Roma ha fatto, tutta la fallacia dei contrarî argomenti, tramandati ormai di giudicato in giudicato senza più vagliarne l'intrinseco valore.

---

(11) *Del compromesso e del giudizio arbitrale* (Torino, 1899), p. 264 e segg.

(12) Cass. Torino 31 marzo 1883 (*Foro it.*, Rep. 1883, voce *Arbitramento*, n. 11); App. Torino 3 marzo 1894 (*id.*, 1895, I, 128); Cass. Torino 17 dicembre 1895 (*id.*, Rep. 1896, voce *Competenza civ.*, n. 179); App. Milano 10 dicembre 1897 (*id.*, Rep. 1898, voce *Arbitramento*, n. 10); Cass. Palermo 30 dicembre 1897 (*id.*, Rep. 1898, voce *Competenza civ.*, n. 228); Cass. Roma 30 dicembre 1903 (*id.*, Rep. 1904, voce cit., nn. 235, 236); App. Torino 29 dicembre 1905 (*id.*, Rep. 1906, voce *Arbitramento*, n. 40).

Per la giurisprudenza francese, concorde in questo senso, vedi, oltre la già citata sentenza della Cassazione 4 luglio 1889, le decisioni riportate e illustrate dal De Paepe *op. cit.*, n. 31.

III

SULLA EFFICACIA DI FRONTE AL GARANTE DELLA SENTENZA CHE RESPINGE UNA ECCEZIONE DI MERITO OPPOSTA CONTRO L'ATTORE PRINCIPALE DAL GARANTITO E CONTEMPORANEAMENTE ASSEGNA A QUESTO UN TERMINE PER CHIAMARE IN CAUSA LO STESSO GARANTE (*)

I. — Su questo punto la surriferita sentenza offre l'occasione di riaffermare in tema di chiamata in garantia alcuni principî fondamentali che essa sembra non avere in tutto tenuti presenti, e dà modo di indagare quale efficacia abbia di fronte al preteso garante la sentenza che respinge una eccezione di merito opposta contro l'attore principale dal garantito, e contemporaneamente assegna a questo un termine per chiamare un terzo in garantia.

Possiamo, per ciò che ci interessa, riassumere così la fattispecie decisa: verte dinanzi al pretore una causa per un'azione redibitoria

---

(*) Pubblicato in « Il Foro italiano », vol. XXXVIII (1913), parte I, col. 96-104, in nota alla sent. della Corte di Cassazione di Firenze, 1° aprile 1912, Pres. Mazzella P.P., Est. Persico, P.M. Cipollone (concl. conf.); Pol (Avv. Ellero) c. Cossetti (Avv. Renier) c. Odorico (Avv. Scarpa). La sentenza era così massimata: « I termini per proporre l'azione redibitoria possono essere prolungati per volontà delle parti ». « L'apprezzamento del magistrato di merito sulla novità di una domanda in appello è incensurabile in cassazione ». « Il magistrato non è tenuto a rispondere a tutte le argomentazioni addotte dalle parti, ma deve solo esaminare le deduzioni proposte con conclusioni specifiche e influenti sulla risoluzione della causa ». « Nelle note aggiunte dopo la discussione, ancorchè regolarmente autorizzate, possono solo svolgersi le tesi sostenute nelle comparse precedenti, e non sono ammissibili nuove eccezioni e nuove deduzioni ». « Il garante, chiamato in causa dopo lo svolgimento di una prima fase del primo stadio di giurisdizione, nella quale siasi respinta un'eccezione di decadenza che egli avrebbe avuto interesse a sostenere, e siasi invece ammesso un mezzo istruttorio che egli avrebbe avuto interesse ad oppugnare, può intervenire nel giudizio d'appello contro la sentenza di primo grado che abbia respinto quella eccezione ed ammesso quel mezzo istruttorio ». « Tale intervento può farsi mediante comparsa e anche sotto forma di citazione ». [*Bibliografia*, n. 32].

proposta da *A* contro *B;* questi, nella prima risposta, oppone in via principale una eccezione di decadenza contro la domanda dell'attore *A*, e, solo in via subordinata, chiede un termine per chiamare in garantia *C*, estraneo finora alla causa; il giudice decide in merito per il rigetto della eccezione di decadenza opposta da *B* contro *A*, ammettendo un mezzo istruttorio chiesto da *A* a sostegno della sua domanda: e contemporaneamente, accogliendo la domanda subordinata di *B* (che *A* non ha contrastato), assegna un termine a questo per chiamare *C* in garantia.

Si domanda ora: qual è, di fronte a *C*, l'efficacia di cosiffatta sentenza? Si trova *C* ad esserne pregiudicato, e, nel caso affermativo, qual è la misura di questo pregiudizio e quali mezzi competono a *C* per impugnarla?

Per rispondere convenientemente a tali quesiti, bisogna considerare che la sentenza resa dal pretore nella fattispecie in esame conteneva in sostanza due pronuncie: una pronuncia nel merito della domanda proposta da *A* contro *B* (rigetto dell'eccezione di decadenza opposta da *B*, ammissione della prova chiesta da *A*) ed una pronuncia relativa alla domanda subordinata proposta da *B* (concessione di un termine per chiamare in garantia *C*). La prima pronuncia aveva il carattere di una vera e propria sentenza, poichè decideva, sia pure in parte interlocutoriamente, la controversia vertente sul merito della questione principale; la seconda, al contrario, aveva il carattere di un semplice provvedimento d'ordine, emanato nella concordia delle parti. Si deve, ciò posto, indagare qual valore abbia, di fronte al chiamato in garantia, ciascuna di queste due pronuncie contenute in una sentenza formalmente unica.

II. — Cominciamo dalla pronuncia che assegna al garantito un termine per la chiamata in causa del garante.

Il provvedimento del giudice che, nella concordia delle parti, ordina il rinvio della causa per dar tempo al garantito di mettere in causa il garante, non pregiudica in nessun modo il merito dell'azione in garantia.

Nel nostro sistema processuale, nel quale, per il principio della *immediatezza* degli atti processuali (1), una preventiva autorizzazione del giudice non è richiesta per citare in giudizio, la chiamata in garantia, la quale, di fronte al garante, ha il carattere di una domanda nuova ed autonoma, deve potersi eseguire direttamente dal garantito, senza che per nulla intervenga il magistrato, prima della comparizione

(1) Vedi su questo principio CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., p. 640 e 720.

del garante convenuto. Infatti, secondo la regola posta dall'Ordinanza francese del 1667 (tit. VIII, art. 1), per la quale i garanti potevano esser citati « *sans commission ou mandement de juge* » (2), l'art. 193 del vigente codice di procedura dispone, relativamente al procedimento formale dinanzi ai tribunali, che « chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne domanda nel termine stabilito per rispondere », senza subordinare la proposizione di tale domanda ad alcun antecedente permesso del giudice. Da questo modo di proporre la chiamata in garantia nel procedimento formale differisce quello che si segue nel procedimento sommario dinanzi ai tribunali (art. 32 regio decreto 31 agosto 1901) e nelle cause dinanzi ai pretori e ai conciliatori (art. 422 e art. 449 cod. proc. civ.): in tali casi, essendo, di regola (3), la volontà di chiamare un terzo in garantia manifestata per la prima volta in udienza, la traduzione in atto di tale volontà può avvenire soltanto per mezzo di un rinvio della causa principale, il quale deve essere ordinato dal giudice. Ma, a differenza di altre legislazioni, nelle quali, quando una parte chiede un termine per mettere in causa il suo garante, il giudice concede il rinvio della causa principale solo a patto che la domanda si fondi su motivi apparentemente giusti (4), per il nostro diritto processuale la pronuncia del giudice, che assegna il termine richiesto, prescinde totalmente da qualsiasi preventivo esame, sia pur provvisorio e delibativo, sulla fondatezza della domanda di garantia; cosicchè, nel nostro sistema, non potrebbe mai il giudice negare d'*ufficio* il termine regolarmente richiesto, neppure qualora si accorgesse che la chiamata in garantia è nient'altro che un mezzo dilatorio per mandare in lungo il giudizio (5). Una preventiva deliba-

---

(2) POTHIER, *De la procedure*, parte 1ª, cap. 2°, sez. 6ª, art. 2, § III; BONCENNE, *Théorie de la proc. civ.*, III, p. 382.

(3) Diciamo « di regola », poichè, anche in questi casi, il garantito, invece di chiedere un rinvio in quell'udienza nella quale è trattata la causa principale, può preventivamente citare il garante a comparire all'udienza stessa. Vedi MORTARA, *Commentario*, III, n. 447; GARGIULO, *Cod. proc. civ.*, art. 422; CUZZERI, *Il procedimento sommario*, p. 61; CABERLOTTO, *Garantia* (*Dig. it.*, XII), n. 63; Trib. Bologna, 1° giugno 1897 (*Mon. giur. Bol.*, 1897, 287, e *Foro it.*, Rep. 1897, voce *Garanzia*, n. 110).

(4) Codice di proc. civ. genevrino (1911), art. 61; Cod. di Vaud., art. 143; Cod. Cileno, art. 741.

(5) Per il procedimento sommario: MATTIROLO, *Trattato* (5ª ed.), III, n. 791; MORTARA, *Comm.*, III, n. 447; App. Napoli 31 marzo 1909, (*Gazz. proc.*, XXXVI, 112). Per le cause di pretore: MATTIROLO, *op. cit.*, III, n. 789, nota 2; CUZZERI, *Cod. proc. civ.*, art. 422, n. 2; CABERLOTTO, *op. cit.*, n. 68; Cass. Firenze 31 gennaio 1889 (*Legge*, 1889, I, 474, e *Foro it.*, Rep. 1889, voce *Garanzia*, n. 4); Cass. Napoli 13 giugno 1893 (*Diritto e giur.*, IX, 113, e *Foro it.*, Rep. 1893, voce *Intervento*, n. 8); Cass. Napoli 15 febbraio 1901 (*La procedura*, 1901,

zione sulla fondatezza della domanda di garantia può, per il nostro diritto, esser fatta dal giudice solamente quando, avendo una parte chiesto il rinvio della causa per chiamare il garante, l'altra parte si opponga alla concessione del rinvio col sostenere che il vantato diritto di garantia contro il terzo non sussiste. Per impedire che il sedicente garantito mandi in lungo la causa colla facile simulazione di un diritto di garantia contro un terzo e per sventare quelle *tricheries pour gaigner du temps* già note ai pratici dell'antico diritto frncese (6), si riconosce alla parte principale il diritto di opporsi al rinvio della causa, dimostrando che la domanda di garantia, che il suo avversario chiede di proporre contro un terzo, è infondata o fraudolenta (7); ma non s'ha da credere che, quando il giudice respinga tale opposizione della parte principale e, respingendola, conceda il rinvio chiesto dal garantito, venga per questo ad esser riconosciuta di fronte al garante la fondatezza della domanda di garantia. Il merito dell'azione di garantia non può esser validamente deciso di fronte al garante se non quando egli sia stato debitamente citato (art. 38 cod. proc. civ.); e quando, nel contraddittorio della parte principale col garantito, il giudice abbia riconosciuto che la domanda di garantia presenta caratteri di seria fondatezza, non per questo sarà precluso al preteso garante, al momento della sua comparizione, di dimostrare che simile domanda di garantia è invece totalmente infondata.

Diremo adunque che la pronuncia del giudice colla quale è concesso al garantito un termine per mettere in causa il garante non pregiudica minimamente, di fronte a questo, il merito della domanda di garantia, neppure quando il giudice, per l'opposizione della parte principale alla concessione di questo rinvio, ha in via di delibazione riconosciuto la serietà di tale domanda.

138, e *Foro it.*, Rep. 1901, voce *Garanzia*, n. 4) e 25 gennaio 1902 (*Gazz. proc.*, XXXI, 530, e *Foro it.*, Rep. 1902, voce *Garanzia*, n. 1). Per le cause di conciliatore, Cass. Napoli 18 novembre 1897 (*Foro nap.*, 1897, 152, e *Foro it.*, Rep. 1897, voce *Garanzia*, n. 3). Cfr. anche CARRÉ, *Lois de la proc. civ.*, quest. 143 *ter*.

(6) BONCENNE, *op. cit.*, p. 384.

(7) Vedi su questo punto: BOITARD, *Leçons*, I, n. 479; CARRÉ, *op. cit.*, CXXXVIII, nota 1; GARSONNET, *Traité*, § 946; BIAGI, *Sulla chiamata in garantia*, negli *Annali*, 1871, III, p. 10; MATTIROLO, *op. cit.*, III, n. 793. Diversamente è stabilito per la *streitverkündung* (denunzia di lite) da alcune leggi processuali svizzere, le quali negano la facoltà d'indagare la fondatezza della domanda di garantìa non solo al giudice, ma anche alla parte principale, avversaria di colui che intende denunziare la lite a un terzo. Vedi p. es. la legge processuale di Zurigo 2 dicembre 1874, § 248; e la legge processuale di Sciaffusa del 1869, § 123, capov. 2°.

III. — Esaminiamo ora qual è, di fronte al chiamato in garantia, l'efficacia della pronuncia che, nel merito della causa principale, respinge l'eccezione di decadenza opposta dal convenuto e ammette contro di lui una prova chiesta dall'attore.

È indubbio che tale pronuncia è, di fronte al chiamato in garantia, una *res inter alios acta,* poichè alla sua emanazione egli è restato interamente estraneo.

L'istituto della *chiamata in garantia,* quale nel nostro procedimento è passato dal processo francese (8), si può considerare come il contemporaneo e cumulativo esercizio di un'azione per intervento e di un'azione di garantia: per mezzo della prima il garantito mira a fare intervenire il garante nella causa principale vertente tra lui garantito e la controparte; per mezzo della seconda il garantito mira a far dichiarare dal giudice l'obbligo del garante a prestar la difesa nella causa principale (azione di difesa), o, in mancanza, il suo obbligo di prestare il risarcimento del danno risentito dal garantito (azione di regresso) (9). Lo scopo più importante della suddetta domanda per intervento contenuta nella chiamata in garantia è quello di estendere anche al garante gli effetti del processo che si svolge tra garantito e parte principale, per tal modo che la sentenza emanata alla fine di questo processo possa assumere anche di fronte al garante il valore di cosa giudicata (10). Ma gli effetti del processo che si svolge sulla questione principale non possono evidentemente estendersi al garante se non da quel momento in cui egli è validamente messo in causa, vale a dire da quel momento in cui comparisce o dovrebbe comparire nel giudizio che si svolge tra garantito e parte principale: ora, nella fattispecie in esame, nella quale si verifica che una stessa sentenza decide il merito della questione principale e insieme fissa l'udienza per la comparizione del garante, è chiaro che la pronuncia di merito contenuta in tale sentenza non potrà mai acquistare il valore di cosa giudicata di fronte al garante, la cui chiamata in causa comincia ad esser possibile soltanto da quando tale sentenza viene emanata. Se, per effetto di questa sentenza, che dichiara ammissibile la chiamata in garantia, il garante potrà in seguito esser chiamato ad assumer la qualità di parte nel processo ulteriore tra garantito e parte principale, non per questo gli effetti da tal qualità derivanti potranno essere invocati

---

(8) Sull'origine storica della chiamata in garantìa, accolta oggi soltanto dalle legislazioni a tipo francese, cfr. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile,* nota 115.

(9) Su questo modo di concepire la configurazione processuale della chiamata in garantìa, vedi il mio studio « *La chiamata in garantìa* », Cap. III [ora stampato in questo volume delle *Opere, supra*].

(10) Cfr. Chiovenda, *Principî,* p. 604.

con effetto retroattivo in relazione a una sentenza emanata prima che la chiamata in causa sia stata eseguita.

La decisione di merito, contenuta nella sentenza presa in considerazione, non può adunque avere l'effetto di cosa giudicata di fronte al garante; ma, se tale diretta efficacia non ha di fronte a lui, essa viene d'altra parte a colpirlo indirettamente, poichè gli rende più difficile l'adempimento di quell'obbligo di difesa, a soddisfare il quale, nella sua veste di garante, egli è chiamato. Nelle legislazioni processuali a tipo tedesco, che hanno accolto, invece della chiamata in garantia, istituto germanico-francese, l'istituto romano della denunzia di lite, vige espressamente il principio che il denunziato (garante), se acconsenta a prestar la difesa al denunziante (garantito), deve assumere la causa nello stato e nei termini in cui la trova e comportarsi come un semplice interveniente *ad adiuvandum* (11). Ma nelle legislazioni che, considerando la garantia come una prestazione principalmente processuale, hanno accolto l'istituto della chiamata in garantia, il garante, che è obbligato in prima linea a prestar la difesa in giudizio, e, solo in via sussidiaria, a risarcire il danno derivato dalla sua inadempienza a quest'obbligo principale, deve potersi valere, per adempiere a tale obbligo, di tutti i mezzi processuali a lui spettanti *ex iure proprio*, nonchè di tutti quelli desunti *ex iuribus* del garantito (12): colla differenza, però, che, mentre per i primi egli non può esser legato dagli atti precedenti della causa (13), per i secondi troverà un ostacolo insuperabile alla sua attività in tutte quelle preclusioni che già si siano verificate ai danni del garantito. Questo secondo caso si verifica appunto nella fattispecie che qui esaminiamo: prima di chiamare in causa il garante, il garantito ha esperimentato contro la parte principale una eccezione di decadenza, che è stata respinta; siccome tale eccezione era evidentemente desunta dal diritto del garantito, di fronte al quale soltanto potevasi esser prodotta la invocata decadenza del termine per l'esercizio dell'azione redibitoria, non può più il garante, tardivamente citato, risollevare di fronte alla parte principale una eccezione che non gli compete *ex iure proprio*. Ormai, anche di fronte al garante,

---

(11) Ord. proc. civ. germanico, § 74; Ord. proc. civ. austriaco, § 21. Disposizioni in questo senso si trovano in molte leggi processuali cantonali della Svizzera tedesca.

(12) Vedi GARSONNET, *op. cit.*, III, § 948. Cfr. anche su questo punto le recentissime sentenze App. Milano 12 aprile 1911 (*Giurispr. it.*, 1911, 2, 302); Cass. Torino 17 gennaio 1911 (*Monit. trib.*, 1911, 681, e *Foro it.*, Rep. 1911, voce *Garanzia*, n. 12); Cass. Napoli 18 marzo 1911 (*Dir. e giurispr.*, XXVI, 730, e *Foro it.*, Rep. 1911, voce *Garanzia*, n. 5).

(13) Vedi espressa disposizione nell'art. 59 del codice proc. civ. del Cantone del Vallese.

l'eccezione di decadenza è stata respinta e non può più essere opposta nel giudizio di primo grado: dal che l'adempimento dell'obbligo di difesa viene ad essere reso più difficile per il garante, privato così di un mezzo che egli avrebbe potuto forse esercitare utilmente qualora fosse stato in causa fin da principio.

IV. — Stabilito così che la sentenza, di cui esaminiamo la efficacia, in quanto assegna un termine per la comparizione del garante, non pregiudica in nessun modo il merito dell'azione di garantia, e, in quanto respinge l'eccezione di decadenza opposta dal garantito contro la parte principale, non fa stato contro il garante, del quale però viene indirettamente ad aggravare la condizione, rendendogli più difficile l'adempimento dell'obbligo di garantia, — vediamo ora se al garante può riconoscersi il diritto di impugnare una cosiffatta sentenza, e, nel caso affermativo, cerchiamo quali mezzi egli può far valere a tale scopo.

Si deve anzitutto escludere che al chiamato in garantia competa, nel caso in esame, il rimedio dell'appello, per valersi del quale è condizione necessaria l'aver preso parte al giudizio di prima istanza. Il garante, come già si è detto, è stato interamente estraneo alla formazione della sentenza che assegna un termine per la sua chiamata in causa; egli, di fronte a questa sentenza, ha evidentemente il carattere di *terzo;* talchè non il rimedio dell'appello può competergli, ma, ove ne sia il caso, soltanto quello della opposizione di terzo.

Per l'art. 510 cod. proc. civ. « un terzo può fare opposizione a sentenza pronunziata tra altre persone, *quando pregiudichi i suoi diritti* »: il garante potrà dunque fare opposizione alla sentenza pronunciata nella causa del garantito, in quanto essa costituisca quel *pregiudizio* che di tal mezzo di impugnativa è necessario presupposto. Nel caso in esame abbiamo visto che l'emanata sentenza contiene in sostanza due pronuncie, una delle quali — quella che assegna un termine per la comparizione del garante — non pregiudica in nessun modo i diritti del garante, mentre l'altra — quella che respinge in merito l'eccezione di decadenza opposta dal garantito contro la parte principale — pregiudica innegabilmente il diritto che il garante ha di non trovare ostacoli all'adempimento della sua obbligazione di difesa. Ora, per ciò che attiene alla prima pronuncia, l'opposizione del garante non è ammissibile: posto che il giudice, per mezzo di quella pronunzia, altro non fa che stabilire il giorno nel quale si dovrà discutere in giudizio se la domanda di garantia sia fondata o no, sarebbe assurdo ammettere immediatamente il garante a sostenere per via d'opposizione la infondatezza di tale domanda contro un provvedimento che l'esame sul merito della controversia ha espressamente differito a una determinata udienza futura. Ma, per ciò che attiene alla seconda

pronuncia, noi riteniamo che l'opposizione del garante debba ammettersi, poichè da essa appunto egli si trova pregiudicato nel suo diritto di venire in giudizio *rebus adhuc integris*. Considerato che dottrina e giurisprudenza tendono vieppiù ad allargare il concetto di *pregiudizio* agli effetti dell'art. 510 cod. proc. civ., crediamo preferibile l'opinione di coloro che al garante non chiamato in causa vogliono in tutti i casi concesso il rimedio della opposizione contro la sentenza che condanna il garantito nella questione principale (14); nè vale, secondo noi, addurre, come fanno per ciò che riguarda la garantia formale i sostenitori dell'opposta teoria, che l'eccezione derivante dall'art. 1497 cod. civ. tutela sufficientemente i diritti del garante non chiamato in causa o chiamatovi in ritardo, perchè l'efficacia di tale eccezione è subordinata all'onere di una prova che può esser difficile e talora impossibile (15) (v. avanti, n. V).

Se, nel caso in esame, si ritiene che il garante abbia diritto di fare opposizione di terzo contro la sentenza che respinge l'eccezione di merito opposta dal garantito contro l'attore principale, bisogna ammettere, per l'art. 491 cod. proc. civ., che lo stesso garante possa intervenire nel giudizio di secondo grado, originato dall'appello del garantito contro la sentenza che respinge la sua eccezione. Ciò è detto espressamente dalla sentenza che annotiamo, secondo la quale al chiamato in garantia « non restava altra via d'uscita se non quella che gli offriva l'art. 491 cod. proc. civ., vale a dire di proporre intervento in sede di appello, trovandosi egli nel caso di poter formare opposizione di terzo alla sentenza del cui appello si trattava ». Si deve però porre un limite necessario alle facoltà del garante, per tal via interveniente in appello: vale a dire, se il garante può intervenire in appello allo scopo di allearsi col garantito per ottenere la riforma di quel capo della sentenza che, decidendo il merito della questione tra attore principale e garantito, costituisce anche, nel modo già detto, un pregiudizio per lui garante, non può assolutamente intervenire in appello per proporre contro il garantito domande intese a far respingere la domanda di garantia e a far riformare quel capo della sentenza di primo grado, il quale, assegnando un termine per la comparizione del garante, non pregiudica in nessun modo i suoi diritti. Per queste ragioni, mentre concordiamo colla sentenza annotata in quanto am-

---

(14) MATTIROLO, *op. cit.*, IV, n. 809; CARLE, *Dell'appellazione*, p. 61; CUZZERI, *op. cit.*, art. 491, n. 5; GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione del terzo*, specialmente nn. 130-135 e 170. — *Contra*: CHAUVEAU in CARRÉ, *op. cit.*, quest. 168 *bis* e 1718 *bis*; GARGIULO, *op. cit.*, art. 491, V; MORTARA, *Appello civile*, n. 828; SABBATINI, *Sull'intervento in causa*, n. 99.

(15) DALLOZ, *Rép.* voce *Intervention*, n. 94, con un'argomentazione ripetuta da tutti gli scrittori posteriori.

mette il chiamato in garantia a intervenire nella causa vertente in appello tra garantito e parte principale per sostenere le ragioni di quello contro questo, non possiamo con tale sentenza esser d'accordo quando ritiene che il chiamato in garantia, intervenuto in appello, possa proporre contro il garantito domande relative alla questione di garantia che non è stata ancora discussa e decisa in primo grado.

V. — Domande siffatte non possono, nel caso in esame, esser proposte dal garante interveniente in appello, sibbene soltanto dinanzi al giudice di primo grado, nella udienza da lui fissata per la comparizione del chiamato in garantia.

È principio concordemente ammesso che la proposizione tardiva della chiamata in garantia non dà diritto al garante di essere assolto dall'osservanza del giudizio, poichè il termine, che dalla legge è posto per tale proposizione, è stabilito nell'interesse della parte principale e non in quello del garante (16); non può dunque il garante, per il solo fatto che egli è chiamato in causa tardivamente, opporre al garantito in via preliminare una eccezione di decadenza. Qualora però la tardività della chiamata in garantia, eseguita soltanto quando già il garantito aveva inutilmente esperimentato mezzi di difesa contro la parte principale, metta il garante in condizione di non poter più adempiere il suo obbligo di difesa, questi può far respingere in merito la domanda di garantia come sostanzialmente infondata e farsi assolvere da ogni diritto di regresso che il garantito vanti contro di lui (17). Per regola generale la domanda di garantia può esser proposta in qualunque tempo, perfino dopo l'ultimazione della causa principale, in un processo nuovo ed autonomo; ma quando il garante, chiamato in

---

(16) MATTIROLO, *op. cit.*, n. 787; GARGIULO, *op. cit.*, art. 193 e 197; Cass. Torino 28 febbraio 1879 (*Giurispr. Tor.*, 1879, 252, e *Foro it.*, Rep. 1879, voce *Garanzia*, n. 13); Cass. Firenze 8 maggio 1882 (*Temi ven.*, 1883, 321, e *Foro it.*, Rep. 1883, voce cit., n. 4); App. Venezia 11 giugno 1889 (*Temi ven.*, 1889, 521, e *Foro it.*, Rep. 1889, voce cit., n. 2); CARRÉ, *op. cit.*, quest. 764; GARSONNET, *op. cit.*, § 943, ed ivi, nella nota 13, giurisprudenza francese unanime. Cfr. anche Cass. 12 dicembre 1890 (*Journal du Palais*, 1894, 1, 342).

(17) Cass. Torino 10 dicembre 1894 (*Giurispr. Tor.*, 1895, 85, e *Foro it.*, Rep. 1895 voce *Garanzia*, n. 6); App. Torino 11 maggio 1901 (*Giurispr. Tor.*, 1901, 954, e *Foro it.*, Rep. 1901, voce cit., n. 6). Non manca qualche sentenza la quale ammette che il garante, chiamato in causa tardivamente, ha il diritto di chiedere la separazione della causa di garantìa dalla causa principale. Cfr. Cass. Firenze 3 marzo 1890 (*Legge*, 1890, II, 186, e *Foro it.*, Rep. 1890, voce *Garanzia*, n. 4); App. Genova 6 ottobre 1892 (*Temi gen.*, 1892, 658, e *Foro it.*, Rep. 1892, voce cit., n. 2); Cass. Firenze 4 luglio 1898 (*Legge*, 1898, 2, e *Foro it.*, Rep. 1898, voce cit., n. 2); Cass. Roma 30 maggio 1904 (*Temi ven.*, 1904, 875, e *Foro it.*, Rep. 1904, voce cit., n. 10); App. Venezia 30 novembre 1909 (*Temi*, 1910, 35, e *Foro it.*, Rep. 1910, voce cit., n. 5).

ritardo, si trova nel caso di non poter più efficacemente prestare quella difesa che avrebbe invece potuto prestare con buon esito qualora fosse stato chiamato in causa tempestivamente nel giudizio di primo grado, non è equo che egli debba risarcire al garantito i danni derivanti da una soccombenza che solo per colpa del garantito non è stata evitata. Nella fattispecie considerata, si verifica appunto questo caso: il garante è chiamato in causa quando la causa del garantito è già pregiudicata per il rigetto dell'eccezione di decadenza da lui opposta alla parte principale; se il garantito nella prima risposta, invece di opporre eccezioni di merito, avesse chiesto puramente e semplicemente un rinvio per eseguire la chiamata in garantia, il garante, venendo in giudizio *rebus adhuc integris*, avrebbe potuto dare alla difesa del garantito un diverso andamento, e avrebbe potuto, col sussidio di validi argomenti da lui solo conosciuti, respingere vittoriosamente le pretese dell'attore principale; e poichè il garantito per sua colpa ha precluso al garante la via di esplicare efficacemente la sua attività, non è giusto che il garante risponda delle conseguenze di una colpa non sua di fronte al garantito, che è il solo responsabile della soccombenza.

S'intende per altro che, anche nel caso in esame, il chiamato in garantia, se vuol far rigettare per i motivi suddetti la domanda proposta contro di lui dal garantito, *deve provare* la esistenza di « sufficienti motivi per far respingere la domanda » dell'attore principale (art. 1497 cod. civ.). L'art. 1497 cod. civ., che, contrariamente al diritto romano (18), addossa al garante non chiamato in causa l'onere di cosiffatta prova, risponde a un principio di giustizia, il quale, anzichè intendersi limitato alla sola garantia nascente dalla compra-vendita, deve essere esteso a tutti i casi di garantia, tanto formale quanto semplice (19). Tale principio, che, stando alla lettera della legge, si

---

(18) Dalla L. 53 § 1 Dig. *de evict.*, XXI, 2, e dalla L. 8 Cod. *de evict.*, VIII, 45, desumono alcuni romanisti che la omissione della denunzia di lite nel diritto romano facesse perdere irremissibilmente al garantito il diritto di regresso contro il garante; ma i più ritengono che il garantito conservasse tale diritto anche omettendo la denunzia di lite, purchè riuscisse a provare che il garante, anche chiamato in causa, non avrebbe avuto mezzi sufficienti per respingere le pretese dell'attore principale: si trattava dunque di una presunzione *iuris tantum* a favore del garante, mentre nel nostro diritto si ha una presunzione *iuris tantum* a favore del garantito. Tra le legislazioni moderne il solo codice civile spagnuolo (art. 1481) segue la più rigida regola romana. Vedi LESSONA, *Prove*, V, n. 84.

(19) Sull'estensione del principio per il quale la soccombenza del garantito derivante dalla mancata o ritardata chiamata in garantìa non obbliga al risarcimento il garante, vedi FISCHER, *Die Lehre von der Streitverkündung*, p. 62-66; GARSONNET, *op. cit.*, § 942, nota 4.

dovrebbe poter applicare solo quando la chiamata in garantia sia stata del tutto tralasciata, trova secondo noi legittima applicazione anche quando la chiamata sia stata eseguita, sì, ma tardivamente, in modo da render più gravoso o addirittura impossibile al garante l'adempimento della sua obbligazione; e riteniamo quindi che, nel caso pratico attuale, il garante, comparendo nell'udienza a ciò stabilita dal giudice, debba esser assolto dalla domanda di garantia quando provi che, se fosse stato chiamato in causa prima che l'eccezione di decadenza fosse stata dedotta in giudizio, avrebbe potuto esperimentare mezzi di difesa tali da evitare al garantito la soccombenza di fronte all'attore.

VI. — Per riassumere, noi riteniamo che nella fattispecie esaminata il garante *C* abbia diritto di intervenire nel giudizio di appello vertente tra *A* attore principale e *B* garantito, solo per sostenere nel merito della questione le ragioni di *B* contro *A*: per ciò che riguarda la questione di garantia *C* non può discuterne in appello, e deve limitarsi a comparire dinanzi al giudice di primo grado nell'udienza per la quale è stato citato, in cui, qualora riesca a dimostrare che la sentenza interlocutoria emanata tra *A* e *B* ha reso impossibile la prestazione della difesa che altrimenti sarebbe stata efficace, potrà chiedere non di essere assolto dall'osservanza del giudizio per la tardività della chiamata, ma di essere assolto dal merito della domanda di garantia, la quale presuppone che la soccombenza del garantito sia prodotta dalla colpa del garante.

IV

PROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA DI GARANTIA PRIMA DELLA MOLESTIA GIUDIZIARIA CONTRO IL GARANTITO (*)

La sentenza annotata pone e risolve una questione che, a mia scienza, non ha finora puntuale riscontro nè in giurisprudenza nè in dottrina; talchè non mi sembra opera vana indugiarmi a esaminare la controversia pratica qui per la prima volta decisa, illustrandone, alla stregua di alcune premesse teoriche, il preciso significato.

I. — Qualche parola anzitutto sulla natura dell'azione di garantia. Garantire, finanche nel suo più remoto significato etimologico, importa *difendere;* e l'azione di garantia, quale è accolta oggi nelle leggi a tipo francese, mira appunto alla prestazione di una difesa processuale. Nel diritto romano e nelle legislazioni contemporanee a tipo tedesco l'obbligazione di garantia è fin da principio una obbligazione di risarcire al garantito il danno derivatogli dalla soccombenza in un processo (1); nel diritto francese e italiano attuale, al contrario, l'obbligazione di garantia è — per derivazione dagli antichi diritti germanici — l'obbligazione di prestare ad alcuno la difesa in un processo per evitare che resti soccombente: e l'obbligo di risarcimento sorge soltanto in sèguito alla non fatta o non riuscita difesa, come effetto della inadem-

(*) Pubblicato in « Il Foro italiano », vol. XXXVIII (1913), parte I, col. 1203-1211, in nota alla sentenza della Corte d'Appello di Bologna, 3 marzo 1913, Pres. Marconi P.P., Est. Alberici; Provincia di Bologna c. Società Ferrovie Venete. La sentenza era così massimata: « La domanda in garantia, come azione diretta alla dichiarazione dell'obbligo del garante di tenere indenne il garantito nell'eventualità che sia riconosciuto il diritto del creditore principale verso di lui, può essere proposta separatamente e indipendentemente dall'instaurazione o pendenza del giudizio principale ». [*Bibliografia,* n. 33].

(1) Cfr. FUCHS, *Die Lehre von der Litisdenuntiation* (Marburg, 1855), p. 106 e segg., e WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses* (Leipzig, 1878) § 7, n. 2, specialmente a pag. 54, per il diritto romano; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts* (Leipzig, 1885), p. 656, per il diritto romano, e p. 655 e 658 per il diritto tedesco.

pienza alla obbligazione primitiva, per la regola generale dell'art. 1218 cod. civile (2). Cosicchè nel nostro diritto diventa oggetto principale e diretto dell'obbligazione quella difesa processuale che nel diritto romano, e nelle moderne leggi processuali che ad esso in questo punto si ispirano, può eventualmente essere prestata dal garante di propria volontà e nel proprio interesse, per prevenire una soccombenza del garantito che farebbe sorgere in lui garante l'obbligazione di garantia, cioè l'obbligazione di prestare il risarcimento del danno da tale soccombenza derivato.

II. — Ma, si concepisca la garantia nel senso esclusivamente sostanziale di obbligo al risarcimento, o le si dia in prima linea, come avviene nel nostro diritto, un contenuto processuale di obbligo alla difesa, certo è che essa, al momento in cui sorge, è per sua natura condizionata, poichè la sua esigibilità non s'inizia se non col verificarsi di un evento da essa necessariamente presupposto. La garantia in senso sostanziale, come risarcimento del danno di una soccombenza, presuppone evidentemente una soccombenza già verificatasi in un giudizio compiuto; la garantia in senso processuale, come prestazione di difesa in un giudizio iniziato, presuppone con pari evidenza una offesa contro la quale la difesa possa opporsi, una molestia giudiziaria contro la quale il garantito possa invocare l'intervento del suo garante.

Deriva da tali premesse che tra l'azione di garantia e l'azione principale, che io chiamo, per comodità di esposizione, *azione di molestia* (3), passa un nesso di causalità, che già qualche scrittore del diritto comune aveva rilevato, affermando che la lite tra garantito e garante « *venit in consequentiam primae litis* », cioè in conseguenza della lite principale tra attore molestante e garantito (4). Ma, se è facile scorgere intuitivamente che l'azione di garantia è una dipendenza, una conseguenza, un effetto dell'azione di molestia, non altrettanto è facile stabilire con esattezza scientifica la vera natura di tale relazione. Nè può appagare su questo punto, quantunque accolta da eminenti giureconsulti (5), la teoria del PESCATORE (6) sulla connes-

---

(2) Su tale natura dell'azione di garantia nel nostro diritto cfr. il mio volume *La chiamata in garantia* (Milano, 1913), n. 2 [in questo volume delle *Opere, supra*].

(3) Su tale espressione, cfr. *La chiamata in garantia* cit., n. 64, nota 1.

(4) PAOLO DI CASTRO, *In primam Dig. Vet. partem*, ad leg. 49, *de iudiciis;* CABALLINI, *Tractatus de evictionibus* (nel *Tract. illustr. jurisc.*, vol. I, parte 1ª, p. 82), § III, n. 129.

(5) MATTIROLO, *Trattato di dir. giudiz.*, I, n. 886; LESSONA, *Manuale*, n. 64.

(6) *Sposizione compendiosa della procedura civile* (Torino, 1864), I, p. 168 e segg.

sione di causa, secondo la quale la relazione tra azione di molestia e azione di garantia si baserebbe sulla identità del titolo della contesa (*causa petendi*) e della cosa che si domanda (*res*); tale identità, la quale potrebbe, se mai, scorgersi in parte nell'azione di garantia concepita romanamente come azione di risarcimento, si dimostra facilmente insussistente nell'azione di garantia in senso processuale (7).

La relazione tra azione di molestia e azione di garantia credo invece che possa con maggiore esattezza profilarsi nel nostro diritto, quando si consideri che l'obbligazione di garantia si può scindere idealmente in due obbligazioni distinte, cioè: obbligazione principale di prestar la difesa, obbligazione accessoria di risarcire il danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa; in corrispondenza con queste due obbligazioni, nell'azione di garantia si trovano cumulate due azioni: l'azione di difesa, che mira a fare accertare dal giudice il diritto del garantito ad essere difeso; l'azione di regresso, che mira a fare accertare invece il diritto del garantito a essere tenuto indenne del danno derivatogli dalla mancata prestazione di una difesa efficace. È principio elementare che ogni azione si individua in tre elementi: persone, titolo, oggetto; e che il titolo, generalmente, si scinde alla sua volta in due elementi secondari, che sono un diritto e un fatto contrario al diritto (8). Applicando ora tale principio al caso nostro, se si cerca l'origine dei due elementi secondari che costituiscono il titolo dell'azione di difesa, vediamo che il diritto del garantito a essere difeso sorge col negozio giuridico che dà vita alla garantia (p. es. da un contratto di compra-vendita), ma sorge sospeso da una condizione, inquantochè non può essere legittimamente attuabile se non quando si verifichi ai danni del garantito quella molestia giudiziaria, la quale sola rende ripetibile ed eseguibile la prestazione della difesa. La proposizione dell'azione di molestia rende dunque attuale il diritto alla difesa, ed è quindi condizione necessaria alla integrazione di tale diritto, cioè alla integrazione di uno dei due elementi secondari che costituiscono il titolo dell'azione di difesa; in quanto all'altro elemento secondario del titolo stesso, che deve consistere, come si è detto, in un fatto contrario al diritto, esso è dato dal rifiuto o dalla inattività del garante a prestare spontaneamente la difesa dovuta.

Passando a considerare l'azione di regresso, vediamo che il suo titolo è dato da una parte da un diritto al risarcimento, il quale nasce, come sanzione della inadempienza all'obbligazione di difesa, dalla norma generale contenuta nel già ricordato art. 1218 cod. civ.; e,

---

(7) Per tale dimostrazione cfr. *La chiamata in garantia* cit., n. 87 e segg.

(8) Chiovenda, *Principî di dir. proc.* (III. ed.), p. 63.

dall'altra, dal verificarsi di un danno, cioè a dire dal verificarsi della soccombenza del garantito nella questione di molestia.

Ciò premesso, si può affermare che la *proposizione* della domanda di molestia costituisce un presupposto necessario dell'azione di difesa, poichè senza tale proposizione non esiste titolo alla richiesta della difesa; e che l'*accoglimento* della domanda di molestia costituisce un presupposto necessario dell'azione di regresso, poichè, senza tale accoglimento, non esiste titolo alla richiesta del risarcimento (9).

III. — Ciò posto, ove si volesse profilare quello che logicamente dovrebbe essere lo svolgimento dell'azione di garantia, bisognerebbe scinderlo per ordine nei momenti seguenti:

1) Da un negozio giuridico nasce nel garantito il diritto eventuale di esser difeso dal garante quando contro di lui garantito sia fatta valere la molestia giuridica di un terzo; il diritto alla difesa è così inizialmente sottoposto a condizione sospensiva;

2) Un terzo propone contro il garantito l'azione giudiziale che costituisce la molestia; verificatasi così la condizione dalla quale il diritto alla difesa era sospeso, questo diventa attuale, e l'obbligazione del garante, da condizionata che era, diventa semplice;

3) Il garantito molestato avvisa il venditore che, essendosi verificata la molestia, è giunto il momento di prestar la difesa, e lo mette così in mora in relazione alla prestazione stessa; ma il garante interpellato nega di esser tenuto a prestare la difesa, e questa negazione costituisce quel fatto contrario al diritto per il quale sorge nel garantito l'interesse a chiedere la dichiarazione giudiziale del diritto stesso: vale a dire sorge l'azione di difesa, in forza della quale il garantito chiede al giudice che dichiari il garante tenuto a difenderlo contro la già sorta molestia del terzo;

4) Non ostante la dichiarazione del giudice, il garante si rifiuta di prestar la difesa e si rende così inadempiente all'obbligazione dichiarata dal giudice; sorge allora nel garantito, in base all'art. 1218 cod. civ., il diritto ad essere risarcito dei danni della inadempienza, il qual diritto però non può avere contenuto concreto finchè l'inadempienza non abbia prodotto un danno effettivo;

5) A causa di tale inadempienza la molestia giudiziaria del terzo non può essere efficacemente respinta, onde il garantito resta soccombente di fronte a lui; si verifica così un danno concreto, il quale costituisce quel fatto contrario al diritto che fa sorgere nel garantito l'interesse a chiedere il risarcimento al garante, vale a dire

---

(9) Per una più ampia trattazione di questo punto cfr. *La chiamata in garantia* cit., nn. 90-91.

fa sorgere l'azione di regresso, in forza della quale il garantito si rivolge al giudice chiedendogli che dichiari il garante tenuto a risarcirlo della già verificatasi soccombenza di fronte al terzo molestante.

Da questo schema, che può variare nelle modalità pratiche per il diverso atteggiamento del garante, ma che si mantiene identico nel principio fondamentale che esso contiene, appare che l'azione di garantia, prima di giungere al suo ultimo risultamento, che è quello di risarcire un danno, passa attraverso cinque ben distinte fasi.

IV. — La distinzione di questi momenti successivi non è soltanto una costruzione teorica, poichè la troviamo accolta anche in una legge positiva non più in vigore, cioè nel regolamento giudiziario austriaco del 1781 (10); ma nelle leggi a tipo francese oggi vigenti le quattro ultime fasi si cumulano e si fondono in un atto solo, in quell'istituto processuale che prende il nome di *chiamata in garantia.*

Per essa, appena che il sorgere della molestia giudiziaria ha reso semplice l'obbligazione di difesa finora condizionata, il garantito di un solo atto processuale si serve: 1° a mettere in mora il garante rispetto alla prestazione dovuta; 2° a proporre al giudice, nell'ipotesi che il garante non riconosca o non adempia spontaneamente l'obbligo suo, l'azione di difesa per la dichiarazione giudiziale dell'obbligo stesso; 3° a proporre l'azione di regresso, nell'ipotesi che, a causa della non fatta o non riuscita difesa, la molestia giudiziaria del terzo non possa essere respinta e il garantito debba di fronte ad essa restare soccombente (11).

Vediamo così che, per mezzo della chiamata in garantia, l'azione di difesa, proposta insieme coll'atto di evocazione in causa del garante, viene in realtà fatta valere prima che essa sia nata, poichè, quando il garantito chiede che il giudice dichiari l'obbligazione del garante alla difesa, non sa ancora se il garante si rifiuterà di prestarla spontaneamente, vale a dire se sia per prodursi quel fatto contrario al diritto da cui nascerà l'interesse a proporre l'azione di difesa; e, a maggior forza, l'azione di regresso, al momento in cui vien proposta unitamente alla domanda di difesa, non sarebbe a rigore ancora esistente, poichè non si è ancora verificata l'inadempienza, da cui nasce il diritto al risarcimento, nè il danno effettivo, a riparazione del quale sorge l'azione.

Considerando appunto che l'azione di regresso non può basarsi che sopra un danno già verificato, il diritto romano poneva la regola

---

(10) Sull'azione di difesa (*Vertretungsklage*) ammessa da questo regolamento, e sulla singolarità del suo procedimento, vedi *La chiamata in garantia* cit., nn. 50 e 66.

(11) Cfr. *La chiamata in garantia* cit., n. 67.

che tale azione non potesse esser proposta all'apparire della molestia giudiziaria, ma solo dopo la soccombenza: « *mota quaestione, interim non ad praetium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest* » (12). E a causa della deroga apparentemente irrazionale, che contro tale principio romano si trova nella chiamata in garantia, questa, accolta nella pratica francese, stentò ad essere ammessa dai giureconsulti (13); come anche oggi essa è stata respinta dalle legislazioni tedesche, sulla considerazione che l'azione di garantia proposta dinanzi al giudice investito della questione di molestia è prematura in quanto mira a risarcire una soccombenza non ancora verificatasi (14). Sempre, dunque, nella chiamata in garantia l'azione di difesa e l'azione di risarcimento vengono proposte in maniera condizionata, allo scopo di evitare, per amor dell'economia dei giudizi, una serie di atti processuali distinti e successivi (15). Ma tale condizionalità ha, in fondo, una importanza meno ampia di quella che può a prima vista parere, poichè, se l'azione di garantia si svolge, come è caso normale, in uno stesso processo con l'azione di molestia, la condizionalità non si protrae mai oltre la pronuncia del giudice, la quale non è sottoposta a condizione di sorta. Infatti quelle circostanze al verificarsi delle quali sono condizionate, al momento della loro preventiva proposizione, l'azione di difesa e l'azione di regresso, si verificano immancabilmente durante il corso del processo; prima che tale processo finisca e che il giudice abbia pronunciato la sentenza, si sa infatti se il garante ha o non ha prestato spontaneamente ed efficacemente la difesa che in quel giudizio stesso deve essere prestata, e se quindi l'azione di difesa è giustificata da un interesse; e, siccome il giudice che decide sulla lite di molestia è anche quello che decide sulla lite abbinata di garantia, gli è noto, al momento di emettere sulle due cause una sentenza unica, se l'azione di difesa merita di essere accolta e di far sorgere quindi nel garante un obbligo di risarcimento in caso di inadempienza, e se, per l'esito della questione di molestia, si produce o no un danno concreto, che giustifichi l'azione di regresso. La proposizione condizionata dell'azione di garantia in via incidentale porta dunque di regola a una pronuncia totalmente incondizionata sull'azione stessa.

---

(12) Fr. 74 § 2, *de evict.*, XXI. 2. Su questo e su altri luoghi delle fonti romane che potrebbero far credere all'esistenza anche nel diritto romano di una obbligazione alla difesa, vedi FUCHS, loc. cit.

(13) Cfr. *La chiamata in garantia* cit., nn. 31-32.

(14) EKSTEIN, *Die intervention nach österreichischen Rechte;* cfr. GALLUPPI, *Della competenza per connessione o continenza di causa, Legge,* 1896, nota 47.

(15) Cfr. *La chiamata in garantia* cit., n. 69.

V. — Se ormai la nostra dottrina non pone più in dubbio, data l'indole speciale della chiamata in garantia, la legittimità della suddetta proposizione preventiva dell'azione di difesa e dell'azione di regresso che si cumulano nell'azione di garantia, si è questionato anche recentemente, come la stessa sentenza annotata avverte, sulla possibilità di proporre contro il garante la domanda di garantia in giudizio autonomo, mentre contro il garantito pende in separato giudizio la questione di molestia. Non starò qui a ripetere quanto a sostegno delle opposte opinioni è stato scritto da una parte dal MATTIROLO (16), che preferisce la negativa, e dall'altra dal MORTARA (17), che sta per l'affermativa. Accennerò soltanto che a questa seconda opinione, anche da me preferita (18), dà argomento — oltrechè la nostra legge, la quale negli art. 197 e 199 cod. proc. civ. riconosce la possibilità di un'azione di garantia proposta in sede autonoma durante la pendenza dell'azione di molestia — anche lo spirito della legge francese, poichè, mentre nell'art. 7 tit. VIII, dell'ordinanza 1667 era stabilito che, non eseguita la chiamata in garantia entro il termine prescritto, non sarebbe stato concesso ulteriore rinvio, « sauf, *après le jugement de la demande principale* à poursuivre les garants », la limitazione di tempo non fu riprodotta nell'art. 178 dell'attuale codice di procedura civile, espressamente avendo osservato il relatore che « purchè non si porti alcun ritardo alla decisione della causa (di molestia) che è in stato di esser giudicata, ciascuno deve avere il diritto di perseguire il garante quando vuole » (19).

Devo qui soltanto precisare quali sono gli effetti processuali di questa azione di garantia proposta durante la pendenza dell'azione di molestia. Anzitutto è da avvertire che in questo caso, come in quello precedentemente esaminato della chiamata in garantia, l'azione di garantia viene proposta quando il diritto alla difesa è già attuale, poichè già si è verificata la molestia giudiziaria, consistente nella causa principale già iniziata; talchè il garantito fa valere contro il garante un diritto non più condizionato. Deriva da questo che in quel processo autonomo, in cui si decide la questione di garantia, mentre contemporaneamente pende un giudizio separato sulla questione di molestia, esiste fin dall'inizio la possibilità di una decisione incondizio-

---

(16) *Op. cit.*, III, (5ª ed.), n. 778; Cass. Torino 14 luglio 1886 (*Giurispr.* di Torino, 1886, 496; *Foro it.*, Rep. 1886, voce *Garanzia*, n. 6).

(17) *Commentario*, III, n. 466; Cass. Roma 29 maggio 1890 (*Legge* 1890, 2, 219; *Foro it.*, Rep. 1890, voce *Garanzia*, n. 1).

(18) Cfr. *La chiamata in garantia* cit., n. 163, ove la questione è trattata ampiamente.

(19) CARRÉ, *Lois de la procédure*, CXXXVI; DALLOZ, *Rép.*, voce *Exceptions*, n. 409.

nata sull'azione di difesa: se infatti il garante, appena comparisce, acconsente a prestar la difesa e ad intervenire a tale scopo nel processo separato che si svolge sulla questione di molestia, non occorre più una pronuncia di giudice sulla obbligazione di difesa; ma se, al contrario, il garante nega l'obbligo che il garantito vuole imporgli, il giudice ha immediatamente a sua disposizione tutti gli elementi per decidere se il convenuto è tenuto o no, nel momento attuale, a prestar la difesa, e può senz'altro incondizionatamente condannarlo a prestarla. Lo stesso non si può dire invece per l'azione di regresso, la quale, come si è visto, presuppone un danno già verificatosi. Potrà darsi infatti che durante la pendenza del giudizio di garantia il giudizio di molestia, iniziato prima, giunga a termine; in questo caso nel processo di garantia, poichè al giudice sarà noto se il garantito è restato soccombente nel processo di molestia e se quindi si è verificato o no il danno che il garante deve risarcirgli, potrà anche sull'azione di regresso esser pronunciata una decisione incondizionata. Diversamente, quando la sentenza nel processo di garantia venga emanata prima della sentenza nel processo di molestia, la pronuncia sull'azione di regresso dovrà necessariamente essere condizionata; e il garante sarà condannato a rifondere al garantito i danni, che questi eventualmente possa risentire per la soccombenza in quella causa nella quale il garante avrebbe dovuto difenderlo.

In tal modo si avrà qui qualcosa di più che nel caso precedentemente esaminato della chiamata in garantia, per la quale si ha una proposizione condizionata della domanda, ma una pronuncia totalmente incondizionata sulla domanda stessa; qui si ha invece una proposizione condizionata della domanda, seguita da una pronuncia in parte condizionata anch'essa. Ma quando, dopo tale pronuncia in parte condizionata, il garantito resterà in seguito soccombente nella causa di molestia, la sentenza contro il garante sarà senz'altro esecutiva, in quella misura che la sentenza contro il garantito sarà venuta a precisare.

VI. — Per procedere nella disamina dei casi che hanno analogia con quello deciso dalla sentenza annotata, dobbiamo ora avvertire che non solo il nostro diritto, ai già citati art. 197 e 199 cod. proc. civ., ammette implicitamente la possibilità di esperimentare in un processo autonomo l'azione di garantia, dopo che l'azione di molestia è stata proposta, ma prima che su di essa sia intervenuta una decisione; ma in un caso speciale consente l'esercizio dell'azione di garantia prima che la domanda principale sia stata, nonchè decisa, neppure proposta in giudizio. Intendo riferirmi all'art. 1919 cod. civ., secondo il quale il fideiussore (garantito), anche prima di aver pagato la somma dovuta al creditore principale e di essere stato convenuto per il pagamento, cioè prima del verificarsi della molestia, può agire contro il debitore

(garante) per esser da lui rilevato, in quei casi speciali che l'articolo stesso, ai nn. 2°., 3°., 4°., 5°., espressamente determina. Questa eccezionale disposizione di legge può trovare applicazione soltanto nella garantia semplice, nella quale l'obbligo di garantia deriva al garante dall'obbligo che incombe al garantito di pagare al creditore comune una determinata somma. Infatti, per portar l'esempio del caso tipico di garantia semplice che il detto art. 1919 contempla, anche prima che il creditore agisca contro il fideiussore è certo che questi è debitore verso quello di una somma della quale già in precedenza si conosce l'ammontare preciso, talchè non è irrazionale che il garantito, anche prima del sorgere dell'azione di molestia, chieda al garante il pagamento di quella somma che egli dovrà pagare al terzo molestante. Ma ciò non sarebbe ugualmente razionale nei casi di garantia formale, nei quali è incerto il verificarsi della molestia che anzi ordinariamente non si verifica (eventuale turbativa da parte di un terzo del diritto ceduto dal garante al garantito), come è incerto quale sia per essere il danno che da tale molestia, riceverebbe il garantito; a prima vista appare, per ricorrere anche qui ad un esempio, come sarebbe assurda la pretesa del compratore di un immobile, il quale, prima del verificarsi di qualunque molestia contro il suo diritto di proprietà, richiedesse al venditore l'immediato pagamento dei danni che un giorno gli potrebbero derivare da una non ancora certa nè minacciata, ma soltanto possibile, rivendicazione (20).

L'azione di garantia preventiva, che il fideiussore intenta contro il debitore principale in forza del citato art. 1919 cod. civ., consta formalmente, come ogni azione di garantia, dell'azione di difesa e

---

(20) A un vero caso di garantia formale si riferisce invece l'art. 61 della legge sul processo civile del Cantone di Friburgo, 12 ottobre 1849, secondo il quale « prima di ogni giuridico attacco (*Angriff*), colui che è disturbato, o è minacciato di esserlo, nel possesso di un diritto, può senz'altro proporre contro il suo garante domanda di risarcimento ». Si tratta qui, evidentemente, di garantia formale, come quella che deriva dalla trasmissione di un diritto, nel possesso del quale il successore è disturbato o è minacciato di esserlo. Ma questa disposizione non può esser messa a confronto colla questione che si studia nel nostro diritto, poichè, per la citata legge di Friburgo, l'obbligazione di garantia non ha indole processuale, ma indole sostanziale, ossia l'obbligo di risarcimento non deriva qui al garante dal non aver prestato la difesa contro la molestia giudiziaria già sorta, ma dal non avere impedito che sorgessero molestie contro il diritto del garantito; onde in questa legge il diritto alla garantia non è condizionato al sorgere della lite di molestia, ma esiste incondizionatamente fin dalla creazione del negozio giuridico che lo ha fatto nascere, e il sorgere della molestia costituisce non già il verificarsi della condizione che rende attuale il diritto, ma il fatto contrario al diritto che fa sorgere l'interesse alla domanda giudiziaria.

dell'azione di regresso; ma in realtà in essa l'azione di regresso prevale, poichè il fideiussore non mira e non può mirare con essa a far condannare il garante a difenderlo contro un'offesa che per ora non si è verificata: sibbene, riconoscendo che il diritto del creditore principale è incontrastabile e che quindi la difesa non potrebbe in alcun modo avere effetto efficace, mira soltanto a farsi immediatamente pagare dal garante quella somma che egli a sua volta, prima o poi, dovrà pagare al creditore principale. Non dunque chiede al giudice di dichiarare che il garante sarà tenuto a prestar la difesa quando la molestia eventualmente si verificasse; ma chiede, dimostrando che la molestia dovrà necessariamente prima o poi verificarsi, e che, d'altra parte, essa sarà tale da render vana ogni difesa volta a respingerla, di condannare immediatamente il garante a pagare a lui garantito l'ammontare di quei danni che certo gli deriveranno a causa della inevitabile inefficacia della difesa che il garante sarebbe tenuto a prestare. Dimostrando che la molestia si verificherà, che il garante sarebbe tenuto alla difesa, ma che questa non potrebbe riuscire, il fideiussore ottiene di poter subito esigere dal garante la sanzione pecuniaria della sua inadempienza, o perchè tale esazione sarebbe praticamente impossibile in seguito (art. 1919 cit., n. 2°), o perchè la molestia, pur non essendo ancora sorta, può sorgere da un momento all'altro, essendo il debito principale già divenuto esigibile (n. 4°), o perchè finalmente il fideiussore non vuol più continuare a essere esposto in proprio alle richieste del creditore (nn. 3° e 5°).

L'azione di garantia proposta in base all'art. 1919 cod. civ. si riduce dunque a un'azione di regresso per il risarcimento di un danno che non si è ancora verificato, ma che si verificherà certamente in misura prestabilita: mira ad ottenere non già l'accertamento puro e semplice di un diritto, ma una vera e propria sentenza di condanna immediata.

VII. — Resta finalmente, dopo avere spianato il cammino a questa ultima indagine, da esaminare la questione che ha dato luogo a questo scritto, la quale può enunciarsi così: se alcuno, in previsione che venga promossa contro di lui in avvenire una domanda giudiziaria su un oggetto in relazione al quale un terzo gli deve garantia, possa senza altro far valere contro questo terzo l'azione di garantia, prima che siasi verificata la molestia giudiziaria alla quale la garantia dovrebbe contrapporsi. Come appare da quello che ho detto avanti al n. II, la posizione del garante di fronte al garantito prima che sia sorta la molestia giudiziaria è quella di un obbligato a prestare una certa attività (difesa) non subito, ma solo quando si verifichi da parte di un terzo un'altra attività (molestia); cosicchè l'obbligazione di garantia può essere adempiuta solo quando sia prima sorto quel fatto specifico, a

respingere il quale la prestazione del garante è preordinata. Ora facilmente appare che, come sarebbe irragionevole portare la difesa contro un'offesa futura e incerta, così sarebbe assurdo richiedere la garantia contro una molestia che non è ancora concreta, facendo valere un'azione volta a ottenere una sentenza di condanna, quando non solo fosse inesistente l'interesse a proporre tale azione, ma tuttora il diritto alla garantia fosse sospeso da una condizione e quindi tuttora inattuabile; d'altra parte condannare immediatamente alcuno a prestare un'attività che può esistere solo nel presupposto di un'altra attività non ancor sorta, urterebbe coi più elementari principî della logica.

Ma, se illegittima sarebbe la preventiva proposizione della domanda di garantia nella forma diretta di azione volta ad ottenere una sentenza immediata di condanna, come illegittimo è richiedere l'adempimento di un'obbligazione condizionata prima che la condizione si verifichi, si potrà invece proporla nella forma indiretta di azione di accertamento? Potrà, in altri termini, il garantito chiedere al giudice di dichiarare fin d'ora che il garante, qualora mai sorgesse la molestia giudiziaria, sarebbe tenuto a prestar la difesa?

La risposta interessa non tanto la teoria speciale dell'azione di garantia colle sue particoari regole, quanto la teoria generale delle azioni di accertamento: e se si ammette, come la dottrina più recente ammette (21), che l'azione di accertamento non è incompatibile col nostro diritto positivo, e anche in specie che possa essere oggetto di accertamento un diritto condizionato (22), si deve altresì ammettere che possa al giudice chiedersi l'accertamento del diritto del garantito a esser difeso, il quale è appunto un diritto condizionato, come sopra si è detto.

Anche nel nostro caso, come in generale per decidere sull'ammissibilità di qualunque azione di accertamento, si dovrà indagare, da una parte, se esiste un diritto, e, dall'altra, se esiste nell'attore un interesse a chiederne al giudice l'accertamento (23). Bene adunque la sentenza annotata è ricorsa, per decidere la questione, unicamente all'indagine su questi due elementi, e bene, avendo nel caso pratico riscontrato esistente l'interesse dell'attore a sentir dichiarare per le eventualità future il suo diritto a esser garantito, ha accolto la sua richiesta. Nè d'altra parte è difficile configurare un caso in cui esista nel garantito evidentissimo l'interesse a ottenere l'accertamento del suo diritto di garantia: l'art. 1483 cod. civ., che permette a chi contrae una vendita

---

(21) Chiovenda, *Principî*, p. 165 e segg.

(22) Chiovenda, *op. cit.*, p. 179 e ivi nota.

(23) Cfr. su questo punto Rocco Alfredo, *La sentenza civile* (Torino 1906), in nota, p. 106.

di accrescere o diminuire con patti particolari l'effetto della garantia o anche di escluderla interamente, dà modo di immaginare molti casi pratici nei quali da una clausola ambigua concernente la garantia, inserita in un contratto di compra-vendita di un fondo, nasca incertezza intorno alla misura della garantia stessa e conseguente impossibilità nel compratore di rivendere il fondo, finchè non sia stato accertato se e in quali limiti il venditore abbia assunto l'obbligo di prestare la difesa al suo successore: nel quale così, minacciato da manifesto danno, nasce l'interesse a proporre azione di accertamento del diritto di garantia contro il suo autore, che è appunto « colui rispetto al quale la sentenza deve far cosa giudicata perchè l'effetto sperato dall'accertamento si produca » (24).

La sentenza alla quale dà luogo l'azione di garantia proposta sotto forma di azione di accertamento è una sentenza condizionata, la quale non è suscettibile di immediata esecuzione, poichè dichiara un obbligo solamente eventuale e futuro. Gli effetti della sentenza che dichiara in tal modo il diritto del garantito ad essere quando che sia difeso dal garante, non si possono però estendere oltre la dichiarazione dell'obbligo di difesa: il giudice dovrà limitarsi, cioè, a dichiarare se il garante sia tenuto o no a difendere il garantito dalle eventuali molestie, ma lascerà impregiudicata la decisione dell'azione di regresso. Così, una volta dichiarato, per mezzo dell'accertamento del diritto di difesa, che il convenuto è obbligato a difender l'attore, se poi l'azione di molestia venga in realtà proposta, non potrà più il garante, chiamato nello stesso giudizio principale, o convenuto in un giudizio autonomo contemporaneo o posteriore a quello di molestia, negare di esser tenuto a prestare la difesa; ma potrà sempre dimostrare di non esser tenuto al risarcimento per non avere avuto colpa nella inadempienza a tale suo obbligo: evidentemente infatti il preventivo esperimento dell'azione di garantia sotto forma d'azione di accertamento non dispensa il garantito vincitore dal chiamare il garante nel giudizio di molestia quando esso venga istituito, poichè la mancanza di talè chiamata farebbe sorgere a favor del garante l'eccezione contemplata nell'art. 1497 cod. civile. (25). L'azione di garantia proposta sotto forma di azione di ac-

---

(24) CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 177.

(25) Il MORTARA, *op. cit.*, III, n. 693, ammette implicitamente che l'azione di garantia possa farsi valere anche come azione di accertamento, quando, essendosi riunite in uno stesso giudizio la questione di molestia e la questione di garantia, quella cessi per la rinuncia agli atti del giudizio fatta dal terzo molestante. « Niente vieta — scrive il MORTARA — che in questo caso fra il garantito e il garante prosegua e sia decisa la controversia, riferendo l'oggetto della decisione all'eventualità di riproduzione posteriore dell'istanza principale ».

certamento prima che si sia iniziata la questione di molestia può dar luogo a controversie assai complicate in tema di competenza, alle quali però, poichè addentrarmi in esse mi farebbe uscire dal tema propostomi, basterà qui avere accennato (26).

VIII. — Riassumendo, per terminare, le conclusioni alle quali son giunto nelle singole questioni trattate, si può ora dire: che la chiamata in garantia, se comprende in sè la proposizione condizionata tanto dell'azione di difesa quanto dell'azione di regresso, dà luogo però a una pronuncia sempre incondizionata su entrambe; che l'azione di garantia proposta in giudizio autonomo durante la pendenza della questione principale, se contiene ugualmente la proposizione condizionata dell'azione di difesa e dell'azione di regresso, conduce sempre a una pronuncia incondizionata sull'azione di difesa, ma talvolta a una pronuncia condizionata sull'azione di regresso; che l'azione di garantia proposta prima del sorgere della molestia, in virtù della norma speciale contenuta nell'art. 1919 cod. civ., sebbene fatta valere prima che la molestia e la soccombenza si verifichino, tuttavia, poichè si dimostra che la molestia e la soccombenza dovranno prima o poi necessariamente verificarsi, condunce a una pronuncia incondizionata tanto sull'azione di difesa, quanto, principalmente, sull'azione di regresso; che, finalmente, l'azione di accertamento del diritto di garantia conduce ad una pronunzia condizionata sulla sola azione di difesa, impregiudicata restando la decisione sull'azione di regresso.

(26) Cfr. *La chiamata in garantia*, specialmente al n. 108, ov'è fatta l'ipotesi di un'azione di accertamento negativo del diritto di garantia.

V

RECENSIONE: V. DEMONTÈS, L'ACTION « AD EXHIBENDUM » EN DROIT MODERNE. ESSAI SUR LE DROIT À LA PREUVE (Beaugency, Impr. R. Barillier, 1922, pag. 290) (*)

È un interessante studio di diritto processuale, chiaro nella esposizione, coscienzioso nella interpretazione delle fonti, originale nelle conclusioni, dedicato a un argomento (già trattato magistralmente nella dottrina italiana dal compianto Prof. LESSONA, *Prove*[3] I, n. 63 e segg., dei cui insegnamenti il D. largamente si giova) che par fatto apposta per rimettere in discussione i problemi fondamentali del sistema probatorio in materia civile.

A una *Introduction* (pag. 7-19), nella quale il D. cerca di porre il problema dell'a. esibitoria da un punto di vista politico-filosofico, quasi preannunciando la ricerca che poi svolge ampiamente nell'ultima parte del volume, segue un *Chapitre préliminaire* (pag. 20-46) dedicato alla storia dell'istituto nel diritto romano e nell'antico diritto francese. Dopodichè il lavoro si divide in tre parti: nella prima (pag. 47-117) sono studiate con gran diligenza le legislazioni straniere (diritto inglese e americano; legislazioni germanica e austriaca; diritto italiano [pag. 83, 94] e belga, nonchè molte altre legislazioni non escluso il diritto musulmano), tenendo conto, specialmente per il diritto italiano e belga in cui l'azione esibitoria non è regolata come istituto generale da precisi testi di legge, anche della giurisprudenza giudiziaria.

La seconda parte (pag. 118-237) è dedicata allo studio del diritto francese contemporaneo: ed è dal punto di vista pratico la parte più interessante anche per i lettori italiani, perchè in essa sono trattate numerose questioni di diritto positivo che si riproducono quasi tutte anche nella nostra prassi giudiziaria. Dopo qualche cenno intorno ai

---

(*) Recensione pubblicata in « Rivista di diritto commerciale », vol. XX (1922), parte I, pp. 644-647. [*Bibliografia*, n. 74].

rari casi in cui nel diritto francese moderno si può parlare di un obbligo (di diritto sostanziale) di esibire una persona o una cosa mobile non a fini probatori, il D. approfondisce le ricerche intorno ai vari casi in cui la legislazione francese configura l'obbligo (di dir. processuale) di esibire un documento in un processo civile *come mezzo di prova giudiziaria,* e divide le sue indagini in quattro capitoli: nel I tratta dell'obbligo di esibizione passante tra le parti in causa; nel II dell'obbligo di esibizione gravante su una persona estranea al processo; nel III del diritto, spettante a chi è parte in una causa civile, di richiamarsi, a scopo probatorio, agli atti di una istruttoria penale; nel IV (ma qui, veramente, si esorbita dal campo processuale!) di alcuni speciali casi in cui lo Stato, specialmente in materia fiscale, può costringere i cittadini a esibire agli agenti delle imposte i documenti comprovanti la entità dei redditi imponibili. A conclusione degli argomenti svolti in questi quattro capitoli, il cap. V contiene alcune considerazioni generali, il cui succo è il seguente: l'azione esibitoria, che nel diritto romano poteva essere intentata in via principale e in relazione a ogni specie d'oggetti mobili, s'è ristretta oggi nel diritto francese ai soli documenti, ed è di solito esercitata in via incidentale in un giudizio già pendente, in base all'interesse che una delle parti ha di servirsi di tali documenti a scopo probatorio; ma in questa forma essa esiste ancora come istituto generale: poichè, quantunque i codici francesi contemplino espressamente questa azione soltanto in alcuni casi specialissimi, la giurisprudenza giudiziaria è venuta sempre allargando il significato di queste disposizioni particolari, dimostrando con ciò di avvicinarsi sempre più a considerare l'azione esibitoria come un istituto destinato a tutelare, più che un diritto sostanziale sulla cosa da esibire, un diritto di natura processuale, che il D. chiama « diritto alla prova », spettante alle parti in conseguenza del processo.

Quale sia il fondamento filosofico-giuridico di questo « diritto alla prova », di cui il D. crede di scorgere, già *in iure condito,* attraverso la risoluzione data dalla giurisprudenza ai vari casi pratici esaminati nella parte seconda, l'implicita consacrazione, è largamente studiato nella parte terza del volume (pag. 238-283); nella quale il D., dopo aver premesso come in ogni manifestazione giuridica sia dato rintracciare un giuoco di equilibrio tra l'interesse individuale e l'interesse sociale, osserva che anche nel diritto probatorio civile, mentre la concezione individualistica del diritto ha il sopravvento in tutte quelle massime processuali che attribuiscono alla parte il carico di procurare colle sue sole forze al giudice gli elementi di fatto su cui essa basa le sue pretese, si hanno però alcuni istituti nei quali prevale la considerazione sociale dell'interesse alla verità e alla giustizia: tra questi istituti rientrerebbe appunto l'azione esibitoria, la quale, contrapponendosi alle massime

grettamente individualistiche « *onus probandi incumbit ei qui agit* » e « *nemo tenetur edere contra se* », consacrerebbe il principio solidaristico « *quod mihi prodest et tibi non nocet facile concedendum* », dando al giudice il potere di ordinare la esibizione di documenti posseduti da una delle parti in causa o da un terzo, tutte le volte in cui egli riconosca che questa esibizione si rende necessaria ai fini della giustizia.

Il tentativo fatto dal D. di dare questa giustificazione razionale dell'azione esibitoria è molto interessante e, almeno in parte, riuscito. Soltanto a me pare che forse a conclusione più precise e definite il D. sarebbe giunto nella terza parte del suo lavoro, se avesse cercato di sistemare l'istituto da lui studiato in limiti più ristretti, rigorosamente contenendolo nel campo del diritto processuale. Lasciati da parte i casi, se pur ve ne sono nel diritto moderno in cui il dovere dell'esibizione deriva non dal processo, ma da un rapporto di diritto sostanziale, e in cui l'esibizione è chiesta non per trarne una prova giudiziaria, ma per soddisfare un privato interesse che questo rapporto appunto tutela (pag. 115-126); lasciati da parte anche i casi in cui il dovere di esibizione è imposto dallo Stato ai cittadini per ragioni fiscali o di polizia, indipendentemente dalla pendenza di un processo (pag. 223-232), l'indagine avrebbe certo guadagnato in snellezza e in organicità se si fosse limitata ad approfondire i casi in cui la esibizione è richiesta e ordinata unicamente allo scopo di portare elementi probatori in un processo. Restringendo così la trattazione approfondita ai soli casi di *esibizione giudiziaria,* il D. sarebbe stato naturalmente portato a considerare più da vicino il particolare aspetto che il contrasto, da lui così ben tratteggiato in generale nella terza parte, tra la tendenza individualistica e la tendenza socialistica, ossia tra l'interesse privato e l'interesse pubblico, assume nel campo processuale, dove esso si manifesta, specialmente in materia probatoria, come contrasto tra il principio dispositivo e il principio inquisitorio. Si può dire che tutta la storia delle istituzioni giudiziarie, dal dir. romano a oggi, si svolge attraverso una serie ininterrotta di tentativi e di accomodamenti fatti per equilibrare tra loro questi due principi, ossia per coordinare nel processo la iniziativa delle parti coi poteri del giudice; e appunto sotto la teoria dei poteri che ha il giudice nella raccolta del materiale di lite, mi pare che avrebbe dovuto trovare la sua più opportuna collocazione sistematica lo studio della cosiddetta azione esibitoria, in quanto tutti quei casi in cui su uno dei litiganti o su un terzo estraneo grava l'obbligo di esibire in giudizio un documento per un interesse meramente processuale, costituiscono in realtà altrettanti casi di prevalenza del principio inquisitorio sul principio dispositivo (nella Proposta di riforma del procedimento civile di Giuseppe Chiovenda, la esibizione dei documenti è infatti regolata dall'art. 30, che determina, insieme coll'art. 29, i *poteri dell'autorità giudiziaria*).

L'obbligo di esibire documenti in un giudizio a scopo probatorio è dunque essenzialmente un obbligo *di dir. processuale*, che può indirettamente derivare da un rapporto di dir. sostanziale preesistente al processo, ma che può anche sussistere in certi casi unicamente in conseguenza del processo e dell'interesse che ha lo Stato a procurarsi gli elementi probatori ovunque si trovino (cfr. HELLWIG, *System des deuts. C. P. R.*, I, § 214); PLANK, *Lehrbuch des deuts. C. P. R.*, II, § 119). In questi ultimi casi, che anche sono quelli dal punto di vista processualistico più interessanti, perchè in essi il carattere processuale di quest'obbligo di esibizione (l'*Editionspflicht* dei tedeschi) si manifesta in forma pura, mi pare assai dubbio che si possa parlare di un « diritto alla prova » concepito come diritto soggettivo di una parte verso l'altra parte o verso un terzo: mentre al contrario, mi sembrerebbe più corretto considerare quest'obbligo di esibizione, anzichè come il corrispettivo di un diritto all'esibizione *spettante alla parte*, la conseguenza del potere *spettante al giudice* di ordinare la esibizione nell'interesse della giustizia, e non nell'interesse del litigante che ne fa richiesta. Anche se la esibizione dei documenti è ordinata dal giudice su richiesta di parte (e si possono immaginare casi in cui è ordinata d'ufficio), l'esibizione non è mai fatta alla parte che l'ha richiesta, ma al giudice che l'ha ordinata: sicchè, quando una delle parti o un terzo esegue l'ordine di esibire in giudizio i documenti di cui è in possesso, non si può in ciò vedere l'adempimento di una obbligazione verso l'altra parte, ma solo la esecuzione di un dovere verso lo Stato, paragonabile (sia pur colle dovute differenze) al dovere di testimoniare, che rientra, com'è noto, nella categoria dei *doveri politici* (cfr. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, pag. 66 e segg.). Meglio dunque che nella categoria, non so quanto giuridicamente individuabile, delle « *obligations naissant de la solidarieté sociale* » (pag. 279), il dovere di esibizione potrebbe trovar posto accanto ad altri casi di doveri politici ai quali dà occasione, anche in materia civile, la funzione giudiziaria: quando poi l'obbligo di esibizione incombe, anzichè a un terzo, alla parte avversaria, si potrebbe forse indagare (accenno ipotesi, senza escludere che una approfondita meditazione possa dimostrarle infondate) se esso non abbia natura affine all'obbligo di dire la verità in giudizio civile e all'obbligo di dichiararsi sulle affermazioni avversarie, di cui una parte della dottrina processualistica moderna, in specie tedesca, ammette l'esistenza.

Tutte queste considerazioni non mirano, si capisce, a diminuire il valore dell'opera del D.: dimostrano anzi come sia interessante e ricca di importanti problemi la materia trattata in questo volume, il quale ha il merito di riunire alla minuziosa accuratezza della ricerca analitica, lo sforzo sintetico verso una ricostruzione filosofica dell'istituto studiato.

VI

SULLA NULLITÀ DELL'ATTO DI CITAZIONE, QUANDO LA COPIA NOTIFICATA DAL COMMESSO NON SIA VISTATA E SOTTOSCRITTA DALL'UFFICIALE GIUDIZIARIO (*)

Si domanda se sia valida, in base all'art. 135 messo in relazione con l'art. 145 n. 1 del codice di procedura civile, una citazione, la cui copia, notificata al convenuto, sia sottoscritta dal commesso dell'ufficiale giudiziario senza portare prima della notificazione il visto e relativa sottoscrizione dello stesso ufficiale giudiziario, prescritti dallo art. 18 della legge 24 marzo 1921 n. 298 e dall'art. 42 del successivo regolamento 19 ottobre 1922 n. 1473.

Per poter risolvere affermativamente, cioè nel senso della validità, tale questione, bisognerebbe dimostrare che nella copia di citazione notificata da un commesso, la firma di questo commesso equivalga, in sè e per sè, alla sottoscrizione dell'usciere prescritta dall'art. 135 del codice di procedura; bisognerebbe, cioè, dimostrare che il commesso dell'ufficiale giudiziario, al momento in cui esegue la notificazione di un atto di citazione, abbia in sè tutti i poteri che ordinariamente competono a un ufficiale giudiziario, talchè la funzione della sua sottoscrizione si possa in tutto parificare alla funzione che la stessa sottoscrizione esercita quando è apposta dall'ufficiale giudiziario.

Argomenti a favore della equivalenza funzionale della sottoscrizione del commesso con quella dell'ufficiale giudiziario si potrebbero desumere dall'osservare che il commesso dell'ufficiale giudiziario, quantunque agisca sotto la responsabilità e nell'interesse dell'ufficiale giudiziario che di esso si avvale, tuttavia non ha il carattere di un semplice

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. II (1925), parte II, pp. 116-122, in nota alla sent. della Corte d'Appello di Firenze, 14 giugno 1924, Pres. Giannattasio, Est. Petroncelli, Giani c. Fatucchi. Riportiamo la massima: « La notificazione di un atto di citazione è nulla, per il combinato disposto degli art. 135 e 145 n. 1 cod. proc. civ., quando la copia notificata al convenuto, sottoscritta dal commesso, non porti prima della notificazione il visto e la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario ». [*Bibliografia*, n. 120].

locatore d'opera o di un mandatario privato, nella cui scelta lo Stato non abbia alcuna ingerenza: in realtà i commessi degli ufficiali giudiziarî non possono prestare validamente l'opera loro se non sono espressamente autorizzati dal presidente del collegio giudiziario al quale sono addetti (art. 18 della legge), il quale presidente prima di dare la sua autorizzazione deve esaminare i requisiti di capacità e di moralità delle persone designate per tale funzione; notevoli a questo proposito sono gli art. 43 e 44 del citato regolamento 19 ottobre 1922 (ora art. 88 e 89 r. decr. 28 dic. 1924 n. 2271), i quali attribuiscono allo stesso presidente l'ufficio di revocare con giudizio insindacabile, previo parere del pubblico ministero, l'autorizzazione concessa a questa speciale categoria di funzionarî ausiliari. Si intende da queste disposizioni che la funzione dei commessi degli ufficiali giudiziarî non può essere considerata come semplice impiego privato, ma ha il carattere di un vero e proprio pubblico ufficio. I commessi, in altre parole, possono compiere gli atti ad essi attribuiti non già perchè siano persone di fiducia dell'ufficiale giudiziario, ma perchè, mediante l'autorizzazione della competente autorità giudiziaria, essi sono stati direttamente investiti dallo Stato di una pubblica funzione; essi sono cioè organi dello Stato titolari di un pubblico ufficio, sia pure avente carattere sussidiario. Ciò è espressamente riconosciuto dalla dottrina: il MORTARA (*Commentario*, vol. II, n. 574, pag. 732) dice esplicitamente che la legge del 1911, la quale per la prima volta ammise l'istituto dei commessi, « ha riconosciuto un nuovo ordine di pubblici ufficiali in cotesti commessi ».

Il carattere di pubblico ufficiale che ha il commesso potrebbe essere un argomento per risolvere a favore della validità della citazione la questione sopra proposta. Se infatti il commesso dell'ufficiale giudiziario deriva i suoi poteri, in forza dei quali può validamente compiere atti di notificazione, non da una delega fattagli a titolo privato dall'ufficiale giudiziario, ma da una vera e propria diretta investitura di pubbliche funzioni datagli dalla autorizzazione presidenziale, sembrerebbe discendere da ciò che la mancanza nella copia notificata del visto dell'ufficiale giudiziario non tolga al commesso il suo carattere di pubblico ufficiale nè distrugga il potere direttamente inerente al suo ufficio.

Questo modo di argomentare poteva considerarsi esauriente sotto l'impero della legge 19 marzo 1911 n. 201 e del successivo regolamento 4 febbraio 1912 n. 1086, poichè nè in questo nè in quella era espressamente stabilito che l'ufficiale giudiziario dovesse apporre il suo visto sottoscritto anche nelle copie destinate alla notificazione per mano del commesso. La sentenza della Cassazione penale, sezione 2ª, 12 luglio 1920 (riportata sul fascicolo 396 della *Sinossi giuridica*) risolvendo la questione nel senso della validità della citazione notificata dal commesso e

non sottoscritta dall'ufficiale giudiziario, si riferisce infatti solamente alle disposizioni della legge del 1911 e del regolamento del 1912. Ma la soluzione da darsi alla questione sembra profondamente modificata in seguito al decreto legge 30 novembre 1919 n. 2278, trasformato poi nella legge 24 marzo 1921, la quale per la prima volta ha espressamente stabilito (art. 18) « che gli atti che vengono notificati a mezzo dei commessi, devono essere sottoscritti per visto, prima della notificazione, dall'ufficiale giudiziario, il quale nell'originale controfirmerà anche la relazione di notificazione ». Questa disposizione è rafforzata dall'art. 42 del regolamento 19 ottobre 1922 secondo il quale « gli atti che vengono compiuti dai commessi debitamente autorizzati, sono fatti a nome dell'ufficiale giudiziario, il quale dovrà apporvi il visto e sottoscriverli prima della notificazione e debbono altresì portare la indicazione del nome e cognome e la firma del commesso » (ora art. 87 del r. decr. 28 dic. 1924 n. 2271); è evidente che in seguito a queste disposizioni, che non avevano equivalenti nella legge del 1911, la funzione che negli atti di citazione notificati direttamente dall'ufficiale giudiziario viene adempiuta, in esecuzione dell'art. 145 del codice di procedura civile, dalla sola sottoscrizione dello stesso ufficiale giudiziario, viene ad essere per dir così *repartita*, quando la notificazione avviene per mano del commesso, tra la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario anteriore alla notificazione e la sottoscrizione del commesso posta alla fine della relazione di notificazione.

La funzione della sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario nella copia notificata, voluta dall'art. 135 cod. proc. civ. è, secondo il MORTARA (*Comm.* III, pag. 245) duplice: « imprime autenticità all'atto e ne accerta la validità giusta le norme da cui è disciplinata la competenza degli ufficiali giudiziarî »; e altrove (*Manuale*, I, pag. 239) lo stesso MORTARA insegna che la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario nella copia è indispensabile affinchè il convenuto possa riconoscere di essere legalmente citato in giudizio e accertare la competenza dell'ufficiale che lo cita.

La sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario che l'art. 135 cod. proc. civ. prescrive sulla copia, non serve dunque solamente a certificare la consegna, ma serve altresì ad autenticare il contenuto della citazione (o si potrebbe dire più esattamente, a dar esistenza giuridica all'atto di citazione, la quale, nel nostro diritto, è formalmente atto d'usciere, non di parte). Ora, quando l'art. 18 della legge 24 marzo 1921 e l'art. 42 del regolamento 19 ottobre 1922 prescrivono che gli atti notificati a mezzo di commessi debbano portare, oltre la sottoscrizione del commesso, anche la sottoscrizione dell'ufficiale apposta *prima della notificazione*, questo vuol dire che alla sottoscrizione del commesso è attribuita soltanto la funzione di certificare la consegna, mentre la funzione di autenticare il contenuto dell'atto è riservata alla sottoscrizione dell'uffi-

ciale giudiziario. La firma del commesso serve insomma a certificare che l'atto è stato notificato; ma quest'atto non è giuridicamente una citazione se non in quanto vi sia, prima della notificazione, la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario. Quando la citazione viene notificata per mezzo di un ufficiale giudiziario e da esso vien sottoscritta in ottemperanza dell'art. 135, questa sottoscrizione serve a due scopi: *a*) a dar esistenza giuridica all'atto di citazione (CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ed., pag. 648); *b*) a certificare che questo atto è stato notificato al convenuto. La sottoscrizione del commesso in base all'art. 18 della l. 24 marzo 1921 adempie al secondo scopo, ma non al primo; quindi se in questo caso manca, prima della notificazione, il visto sottoscritto dell'usciere, la prescrizione dell'art. 135 non può dirsi soddisfatta, perchè delle due funzioni a cui deve servire la sottoscrizione imposta da questo articolo, *solamente una è adempiuta dalla sottoscrizione del commesso,* la quale serve soltanto a certificare che è stata notificata al convenuto la copia di un atto; ma se quest'atto sia o no un atto di citazione si può desumere soltanto dall'esistenza o meno della sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario.

Si aggiunga poi che nel caso nostro non era neanche adempiuto il requisito, consacrato nell'art. 42 del regolamento, che gli atti notificati dai commessi debbano esser fatti « a nome » dell'ufficiale giudiziario. Nel caso nostro non solo mancava nella copia il visto sottoscritto dell'ufficiale giudiziario, ma altresì ogni riferimento al nome del medesimo: cosicchè il convenuto non era neanche in grado di sapere chi fosse l'ufficiale giudiziario per incarico del quale il commesso agiva, e di rendersi conto se questo ufficiale giudiziario fosse o no competente. Ora, se una delle funzioni della sottoscrizione prescritta dallo art. 135 è, secondo il parere già citato del MORTARA, quella di permettere alla parte citata di accertar la competenza dell'ufficiale giudiziario, è evidente che nel nostro caso anche questa funzione restava inadempiuta.

Ritengo perciò che alla citazione notificata dal commesso sprovvista del visto dell'ufficiale giudiziario prima della notificazione si debba applicare la sanzione di nullità stabilita dall'art. 145 n. 1 cod. proc. civ. Vero è che il MORTARA (*Manuale,* 9ª ediz., I, pag. 273) accennando alla cautela stabilita dall'art. 18 del decreto legge 30 nov. 1919, poi divenuto la legge 24 marzo 1921, insegna che « all'osservanza di questa nuova cautela (sottoscrizione dell'uff. giud.) *non è data sanzione, salvo quelle eventuali d'indole disciplinare* »; ma il fatto che la legge 24 marzo 1921 non stabilisca speciali sanzioni per la inosservanza delle sue prescrizioni, non toglie che sia applicabile qui la generica sanzione di nullità dell'art. 145, dato che nel nostro caso, non esaurendo la semplice firma del commesso tutti gli scopi ai quali serve la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario prescritta dall'art. 135,

si può dire che, se questa firma del commesso non è integrata dal visto dell'ufficiale giudiziario, *l'art.* 135 *resta almeno parzialmente violato.*

La funzione del commesso è, insomma molto simile a quella dell'agente postale secondo il decreto 21 ottobre 1923 n. 2393 che autorizza la notificazione degli atti giudiziarî a mezzo della posta. Per l'art. 7 di questo decreto (ora art. 77 del r. decr. 28 dic. 1924 n. 2271) la consegna dell'atto al destinatario viene fatta dall'agente o ufficiale postale, il quale è quindi organo di notificazione; ma affinchè la notificazione della citazione sia valida, occorre altresì, per l'art. 4 dello stesso decreto (ora art. 74 del r. decr. 28 dic. 1924 n. 2271) che anche la copia dell'atto di citazione porti la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario, senza la quale non può esistere una citazione valida (*).

(*) Mi si fa osservare dall'amico avv. Cristofolini che a qualche dubbio sulla fondatezza della tesi da me sostenuta potrebbe dar luogo il r. decr. 10 luglio 1919, n. 1150, il quale dispone che « qualora non sia possibile, per qualsiasi motivo, valersi dell'opera degli ufficiali giudiziarî addetti ad un determinato ufficio e non si possa provvedere a norma delle disposizioni vigenti, le parti possono richiedere direttamente l'opera dei commessi degli ufficiali giudiziarî ». Ma il dubbio non mi par insuperabile: anche se si potesse ritenere che il decr. 10 luglio 1919 sia sempre in vigore, quantunque non richiamato dalle disposizioni di data posteriore, si potrebbe osservare che nel nostro caso non si verificava — a quanto si desume dalla sentenza — la ipotesi che non si potesse « provvedere a norma delle disposizioni vigenti » che impongono il visto dell'ufficiale giudiziario prima della notificazione del commesso; e che, d'altra parte, il decr. 10 luglio 1919 sia sempre in vigore, quantunque non richiamato dalle disposizioni di data posteriore, si potrebbe osservare che nel nostro caso non si verificava — a quanto si desume dalla sentenza — la ipotesi che non si potesse « provvedere a norma delle disposizioni vigenti » che impongono il visto dell'ufficiale giudiziario prima della notificazione del commesso; e che, d'altra parte il decr. 10 luglio 1919 sia sempre in vigore, quantunque non richiamato dalle disposizioni di data posteriore, si potrebbe osservare che nel nostro caso non si verificava — a quanto si desume dalla sentenza — la ipotesi che non si potesse « provvedere a norma delle disposizioni vigenti » che impongono il visto dell'ufficiale giudiziario prima della notificazione del commesso; e che, d'altra parte il r. decr. 10 luglio 1919 non sembra che esoneri i commessi, anche se direttamente richiesti dalle parti, dall'adempiere a quelle formalità alle quali la legge condiziona l'efficacia degli atti da essi compiuti.

VII

PER LA DEFINIZIONE DEL FATTO NOTORIO (*)

SOMMARIO: 1. La definizione dei fatti notorî nell'art. 297 del progetto Carnelutti. — 2. In che senso si parla di « notorietà » nel nostro diritto positivo. — 3. Necessità di trarre il problema fuor del campo della terminologia. — 4. Critica di alcune definizioni tautologiche: la definizione deve essere cercata nelle ragioni su cui si basa il divieto posto al giudice di utilizzare in giudizio la sua scienza privata. — 5. Ragioni di tale divieto: incompatibilità psicologica tra ufficio del giudice e ufficio del testimone. — 6. Tale incompatibilità psicologica si verifica per i fatti notorî? Esame del problema in relazione a due esempî pratici di pretesa notorietà. — 7. Netta distinzione posta da Stein tra massime di esperienza e fatti notorî: opportunità di non perder di vista i loro caratteri comuni. — 8. Appartenenza delle massime di esperienza e dei fatti notorî alla « cultura »: carattere comune che ne giustifica la utilizzazione da parte del giudice senza bisogno di prova. — 9. Definizione del fatto notorio in base a tale carattere. — 10. Alcune conseguenze di questa definizione sulla posizione dei fatti notorî nel processo. — 11. Riprova tratta dalle decisioni giurisprudenziali.

1. — Il principio, passato nel diritto comune da fonti canoniche (1), secondo il quale « *notoria non egent probatione* », non si trova nè direttamente nè indirettamente consacrato in alcuna disposizione della vigente legislazione processuale italiana. Ma, ciononostante, si insegna

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. II (1925), parte I, pp. 273-304; ristampato in *Studi*, II, pp. 289-320. Tradotto in lingua spagnola da Felipe DE J. TENA in « Revista general de derecho y jurisprudencia » (México), 1933, p. 557-592, e da Santiago SENTÍS MELENDO in « Revista de derecho procesal » (Argentina), 1945, I, pp. 95-126 (ripubblicato in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 181-212. [*Bibliografia*, n. 126].

(1) *Codex juris canonici*, can. 1747: « *Non indigent probatione*: 1° *Facta notoria, ad normam can.* 2197 ». Per le fonti anteriori del periodo intermedio cfr. *La teoria dell'« error in judicando » nel dir. italiano intermedio*, n. 36 e note 118-138 (nel primo vol. degli *Studi*, pag. 109 e segg.); TIRANTI, *L'opinione pubblica nei suoi rapporti colla prova*, (Pisa 1903), pag. 80 e segg.; WETZELL, *System*, 3ª ed., § 20, n. 3, pag. 179 e seguenti.

autorevolmente (2), se pur non senza contrasti (cfr. oltre, n. 2-3), che questa massima vale per il nostro processo non meno che per quelle legislazioni in cui ha trovato esplicito riconoscimento in appositi articoli (3); giacchè essa può facilmente desumersi dal sistema logico e dalla tradizione del nostro processo meglio che dalla parola del legislatore, che ha preferito astenersi dall'imprigionare in rigide formule il delicatissimo congegno dei rapporti che passano tra iniziativa delle parti e iniziativa del giudice in relazione alla raccolta del materiale di lite.

Non si può dir tuttavia che questo ormai prevalente insegnamento della dottrina trovi incontrastata rispondenza nelle applicazioni della pratica giudiziaria: il principio che i fatti notorî non hanno bisogno di esser provati è tutt'altro che un dogma pacifico nei tribunali (cfr. oltre, n. 2 e n. 11). Sicchè, mentre si sta elaborando la generale riforma del nostro processo civile, — la quale dovrebb'esser destinata non soltanto a modificare gl'istituti invecchiati o difettosi, ma altresì a trarre alla superficie, in formule sobrie ma precise, alcuni di quei principî costituenti l'ossatura del sistema, che nel Codice vigente restano sommersi ed accessibili soltanto allo scandaglio dei teorici, — può essere opportuno, per evitare d'ora in avanti ogni incertezza giurisprudenziale su questo punto, inserire nella nuova legge la regola relativa alla prova dei fatti notorî, a condizione che nella stessa legge si riesca prima a fissare con sufficiente chiarezza il concetto di notorietà. In verità, se noi cerchiamo di scendere alla radice di tutte le dispute che ancora si fanno intorno alla prova dei fatti notorî, vediamo che esse in gran parte derivano dalla mancanza di idee precise e comunemente accolte intorno alla portata di questo concetto: l'onesta confessione della Glossa « *quotidie de notorio loquimur, quid autem sit ignoramus* » (4) non si può dire, a voler esser sinceri, che sia del tutto superata dai tempi!

A portare chiarezza di idee anche su questa dibattuta materia

---

(2) Mortara, *Comm.*, III, n. 466, pag. 541; Chiovenda, *Principii*, pag, 733; Carnelutti, *Lezioni*, II, n. 131 lett. *b* (pag. 423-424).

(3) Cfr. *CPO* germ., § 291; *CPO* austr., § 269; Cod. proc. civ. ungherese, § 267; Cod. proc. civ. giapponese, § 218; Reg. di proc. civ. della Repubblica di Cina, 22 luglio 1921, art. 329. Sulla notorietà nella legislazione processuale svizzera, cfr. Heusler, *Zivilprozess der Schweiz* (1923), pag. 98 e segg. Il Halàsz, nel suo pregevole articolo *Sul procedimento civile ungherese* (in *Foro delle Nuove Provincie*, III, n. 78) pag. 16 dell'estratto, esprime però la opinione che, essendo il concetto della notorietà « labile ed incerto », « non dovrebbe neanche venir inserito in un codice di procedura ».

(4) Gl. in c. *manifesta*, C. 2 quaest. 1ª (cfr. Lessona, *Prove*, 3ª ed., I, pag. 300 nota 2).

del notorio mira quel genialissimo *Progetto di codice di procedura civile* che FRANCESCO CARNELUTTI ha redatto per incarico della Commissione reale per la riforma dei Codici, negli articoli (293-298) che determinano, secondo la tradizione del principio dispositivo, i poteri del giudice in relazione alla posizione dei fatti e delle norme giuridiche: in questi articoli, i quali sono in sostanza la traduzione in linguaggio tecnicamente moderno di aforismi del diritto comune (*secundum alligata et probata judex judicare debet; iura novit curia;* ecc.), non poteva non trovare un'eco la massima « *notoria non egent probatione* ». L'articolo 296 del progetto suona infatti così: « Il giudice stabilisce i fatti secondo ciò che risulta dal processo *o dalla pubblica notorietà.* Egli non può valersi della cognizione dei fatti acquisita in altri modi... »; e l'art. 297 aggiunge: « *si reputano pubblicamente notorî quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione* ».

Lo formula di questo art. 297, la quale costituisce un tentativo di definizione del fatto notorio, apparve incompleta al Comitato di revisione, che, più con intento di coordinamento formale che di discussione approfondita, fece un primo rapido esame del progetto originale del CARNELUTTI; e fu integrata con una breve aggiunta proposta dal sottoscritto, nei seguenti termini: « Si reputano pubblicamente notorî quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini *di media cultura* nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione ». L'emendamento, se lo considero oggi a distanza di qualche mese da quando fu approvato, mi appare monco, oscuro e inadeguato a raggiunger l'intento che si proponeva; ma — in attesa che il testo definitivo del progetto esca fuori dalle discussioni oggi in corso presso la Commissione — ritengo che non sia inutile tentar di chiarire il concetto da cui esso fu inspirato, e vedere se non sia possibile, utilizzando in forma meno infelice tale concetto, giungere a una definizione del fatto notorio che sia tecnicamente esatta e che possa costituire una guida utilizzabile dalla pratica giudiziaria (5).

2. — L'osservazione fatta dal BENTHAM, più di un secolo addietro, che « *le mot notoriété, en matière judiciaire, est justement suspect* » come quello che assai spesso serve di pretesto per ritener vero il fatto

(5) Non importa avvertire che in questo scritto non mi occupo della cosiddetta *Gerichtskundigkeit,* cioè della conoscenza che il giudice ha di certi fatti per ragione del suo ufficio, concetto ben distinto (anche da qualche legislazione: per es. Cod. proc. civ. ungherese, § 267) da quello di notorietà (*Offenkundigkeit*): cfr. STEIN, *La scienza privata del giudice* (citata in seguito *Priv. Wissen*), pag. 157 e segg.

che non si riuscirebbe a provare (6), può esser ripetuta ancor oggi per la nostra giurisprudenza: non solo infatti si hanno eminenti autori i quali mettono in dubbio o addirittura negano il principio che il fatto notorio non abbisogni di prova (7), ma la diffidenza contro tale principio si riscontra specialmente nelle decisioni dei tribunali, i quali, assai volte, quando si tratta in concreto di ritener per vero un fatto che si allega notorio, si dimostrano restii a fare a meno della prova. Questo senso di diffidenza, che onora i nostri giudici, è forse ancora una reazione quasi istintiva contro gli abusi che, specialmente in materia penale, furono commessi nelle procedure nel diritto intermedio, quando anche il *crimen dubium* potevasi provare « *per famam et vocem publicam* » e la notorietà era molte volte il pretesto per condannar l'innocente (8); ma, a questa diffidenza d'ordine sentimentale contro la « *vox populi* » che assai di rado riesce ad essere la voce di Dio, si uniscono, nel nostro diritto attuale, motivi di ordine esegetico, desunti dal fatto che nella nostra legislazione processuale le parole *notorio, notorietà* sono adoprate in alcune disposizioni in un significato assai diverso (9) da quello che ad esse si vuol dare nella massima « *notoria non egent probatione* ».

La notorietà, nel senso in cui se ne parla nel presente studio, è — come si vedrà tra poco — una qualità di certi fatti così comunemente noti e indiscussi, che l'esiger per essi l'esperimento delle prove non aumenterebbe minimamente il grado di convinzione che il giudice e le parti debbono avere della loro verità; si può dire anzi che il grado di certezza morale che scaturisce dalla notorietà di un fatto dev'essere nella coscienza del giudice ragionevolmente superiore a quello che scaturisce dalla prova. Invece, in alcune disposizioni delle nostre leggi (10) notorietà indica un grado di certezza inferiore a quello che si ritrarrebbe da una prova: un caso tipico di questo uso della parola *notorietà* si può vedere nell'art. 696 del Codice civile, nel quale la « *semplice notorietà del fatto* », che deve bastare al giudice per ordinare la reintegrazione, indica, com'è comunemente inteso, che il giudice, dato il carattere d'urgenza che è proprio delle azioni possessorie, deve accontentarsi, per accordar la reintegrazione, di una informazione di fatto sommaria e superficiale, assai meno convincente e

---

(6) *Traité des preuves;* pag. 265.

(7) Cfr. LESSONA, *Prove,* I, n. 169 e segg.; FLORIAN, *Prove penali,* I, pag. 90.

(8) Cfr. FLORIAN, *Prove penali,* I, pag. 89 nota 1.

(9) Cfr. sui varî significati della parola « notorietà », LESSONA, *Prove,* I, n. 169.

(10) Per una rassegna analitica delle medesime, cfr. LESSONA, *Prove,* I, nn. 171-174.

sicura, ma in compenso assai più sbrigativa, di quella che gli deriverebbe da una normale assunzione di prove. E' questo, in sostanza, uno di quei casi (11) in cui la legge autorizza il giudice, in vista della urgenza del provvedimento, a prendere misure di carattere provvisorio sulla base di semplici argomenti di probabilità (*leviores probationes*), i quali, in una fase successiva del giudizio, potranno anche esser dimostrati falsi dall'esperimento di vere prove. Qui, dunque, la « semplice notorietà del fatto » dell'art. 696 è qualche cosa di meno sicuro, di meno definitivo, di meno esauriente (lo conferma con efficacia quel « semplice »!) della vera e propria prova; qui la « notorietà » è anzi *qualche cosa di meno della prova,* e il giudice se ne deve qui accontentare allo scopo di non ritardare il suo intervento e senza escludere che in una fase ulteriore del giudizio possano essere sperimentate prove per dimostrare la inesistenza dei fatti ritenuti veri in base alla cosiddetta « notorietà » (cfr. il caso dell'art. 688 Cod. comm.: il fallimento dichiarato perchè è « notorio » che il commerciante ha cessato di fare i pagamenti, può cessare quando sull'opposizione del fallito o di altro interessato risulti da vere e proprie prove che la cessazione dei pagamenti non esiste).

Mi pare che sia chiaro così che la cosiddetta « notorietà » di cui parlano gli articoli 696 del Codice civile, 688 Codice di commercio ecc., non abbia niente a che vedere colla notorietà di cui mi propongo di trovare la definizione in questo scritto. Purtroppo si confondono e si sovrappongono qui, per imperfetta locuzione legislativa, due concetti profondamente diversi sotto una sola denominazione. Ma mentre si deve augurare che, in un generale cordinamento della nostra legislazione, la cosidetta « notorietà » degli articoli sopra citati ceda il posto a espressioni meno inesatte e meno ambigue (l'art. 696 Cod. civ., per esempio, guadagnerebbe in chiarezza, se in luogo della frase « sulla semplice notorietà del fatto » fosse adoprata la frase « assunte sommarie informazioni sul fatto », o altra frase che non parlasse di notorietà) (12) non c'è da meravigliarsi se la nostra giurisprudenza si mostra restia ad ammettere come principio di portata generale la massima

---

(11) Cfr. LESSONA, *Prove,* I, n. 357; tra i casi che ivi il Lessona esamina, non si fa parola dell'art. 696 cod. civ., ma la analogia di questo caso con gli altri ivi considerati appare dall'accenno che lo stesso Lessona fa alle materie possessorie nel n. 361 e dalla sua nota in *Foro it.,* 1915, 1, 75-76, alla sentenza 27 giugno 1914 della Cass. di Roma.

(12) I tedeschi, per casi come questi, parlano di *probabilità, verosimiglianza* (per la contrapposizione tra *Beweisführung* e *Glaubhaftmachung,* cfr. per ultimo GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtlage,* pagina 449), concetti ben distinti da quello di notorietà (*Offenkundigkeit*).

« *notoria non egent probatione* », quando nella legge si denomina notorietà un fenomeno ben diverso, che evidentemente non giustifica tale principio. Dai succitati articoli, infatti, par che possa desumersi che in certi casi eccezionali, previsti dalla legge, il giudice, senza spingersi ad esigere la certezza che deriva dalla piena prova dei fatti, è tenuto a contentarsi di qualche cosa di meno, che la legge chiama « notorietà »: or come può, con tali disposizioni che, per così dire, svalutano *a priori* la notorietà, andar d'accordo la massima « *notoria non egent probatione* », la quale parte dalla premessa generale che notorietà e prova, agli effetti della certezza, si equivalgano, e che, anzi, la notorietà produca nel giudice una certezza moralmente se non giuridicamente più assoluta di quella che deriva dalla prova?

Si aggiunga a tutto questo — per spiegare sempre meglio la ragione per cui i nostri tribunali si dimostrano così poco disposti a servirsi della notorietà come surrogato della prova — che la parola notorietà è da noi screditata e malfamata per l'abuso dei cosiddetti « atti di notorietà », attestazioni stragiudiziali giurate delle quali in certi casi la pratica giudiziaria e amministrativa si accontenta per stabilire la credibilità di un fatto: poichè coloro che figurano come testimoni in queste dichiarazioni stragiudiziali sono quasi sempre persone che del fatto attestato sono informati per la prima volta al momento stesso in cui giurano (tra le professioni parassitarie che vivono ai margini della giustizia vi è anche quella del « fidefacente »!), è difficile in questi casi stabilire una linea netta di distinzione fra « notorietà » e ... falsità. Sicchè si spiega come la giustificata diffidenza aleggiante intorno a queste attestazioni, che colla vera notorietà non hanno niente di comune, abbia investito a poco a poco nella coscienza dei giudici lo stesso concetto di notorietà in senso proprio ed originario.

3. — Questione di parole, dunque, più che dissidio di sostanza: si nega che la notorietà di un fatto equivalga alla sua prova di giudizio, perchè colla parola notorietà si suol esprimere nel nostro uso giudiziario qualcosa di assai diverso da quello che la stessa parola significa nell'aforisma « *notoria non egent probatione* ». La miglior dimostrazione che il dissidio sulla efficacia della notorietà nel processo si basa su una originaria incertezza di terminologia, ci è data dal Lessona, il quale, dopo avere eloquentemente esposto le ragioni per le quali a suo avviso nel nostro diritto niente autorizza ad ammettere che i fatti notorî non abbiano bisogno di esser provati (*Prove*, I, n. 170), è costretto però poco dopo (n. 175) a riconoscere che « sarebbe assurdo il dover provare al giudice ... che il 20 settembre fu presa Roma e simili ». Dunque è evidente che anche per il Lessona vi sono fatti (quali sarebbero, secondo il suo stesso esempio, certi fatti storici) che il giudice deve rite-

nere per veri senza bisogno di prova; ma qui, aggiunge il LESSONA per sfuggire alla contraddizione, si tratta di *evidenza,* non di *notorietà;* e anche egli è costretto a riconoscere che la massima che il notorio non esige prova, è vera, quando per notorio si intenda quello che è « evidente e pubblico » (13).

Alla massima che i fatti notorî non hanno bisogno di prova si dovrebbe dunque, secondo il LESSONA, sostituire la massima che non hanno bisogno di prova i fatti « evidenti ». Ma (senza entrare a discutere se la qualifica di « evidenti » sia per questi fatti lessicalmente meglio appropriata di quella tradizionale di « notorî »: di che fortemente dubito), ognun vede che in questo modo il problema è spostato, non risolto: chè tutta la questione si ridurrebbe ancora a determinare quali sono, in concreto, i caratteri dell'« evidenza » di un fatto in giudizio.

In verità ho il sospetto che, in questa materia del notorio, troppe volte si sia disputato più sul vocabolario che sul codice. Ammiro la pazienza con cui i più antichi trattatisti del notorio, da ANTONIO DA BUTRIO allo STRICK, si sono industriati a trovare sottilissime distinzioni tra i fatti *notorî, noti, pubblici, manifesti, evidenti* e così via; ma ritengo che queste distinzioni, forse interessanti per il filologo, non abbiano fatto progredir di un passo sulla via della chiarificazione il problema giuridico: il quale, a mio credere, dev'esser posto in tutt'altra maniera, come tra poco si dirà, non allo scopo di trovare quale sia la denominazione meglio appropriata per quei fatti che tradizionalmente diconsi notorî, ma allo scopo di fissare quali sono i caratteri distintivi di questi fatti (chiamiamoli *notorî, evidenti, pubblici* o come meglio ci piaccia: il nome non è qui che una « cifra »), che giustificano il loro speciale comportamento nel processo.

4. — Già fu notato dallo STEIN, in quel suo lavoro fondamentale sulla scienza privata del giudice che sprazzi di sì viva luce ha gettato anche sul tema del fatto notorio (14), che assai volte le definizioni del fatto notorio si risolvono in più o meno larvate tautologie: dal principio che i fatti notorî non hanno bisogno di prova, si trae, in forma di apparente definizione, la conseguenza che si chiamano notorî quei fatti che non hanno bisogno di prova; ma quando poi si va a domandare inversamente quali sono i fatti che non hanno bisogno di prova, non si sa far di meglio che ricadere in quella qualifica di notorietà che si trattava appunto di definire.

---

(13) Cfr. pag. 299, nota 3.

(14) *Priv. Wissen,* pag. 143.

In una sia pur indiretta tautologia si risolve, chi ben consideri, anche la famosa definizione contenuta nelle fonti canoniche (15) secondo le quali sono notorî quei fatti « *quae sine tergiversatione aliqua celari non possunt* » (16). Questa definizione, invece di dirci quali sono i caratteri che il fatto notorio ha fuori del processo, si limita a mettere in luce un effetto processuale della notorietà: che, cioè, il fatto notorio, *appunto perchè notorio,* non può essere negato in giudizio se non dal litigante che sia in mala fede (17). Ma, a parte la legittimità di questa illazione (la notorietà è sempre un concetto relativo, e spesso la causa per la quale un litigante nega la verità di un fatto notorio è l'ignoranza anzichè lo spirito di *chicane*), è facile osservare che con questa definizione, che coglie un aspetto secondario e riflesso del fenomeno che si vuol definire, non si dice in che questo fenomeno consista, in sè e per sè considerato. Se date al giudice la regola che egli deve considerare come mosse da intenti tergiversatorî tutte le contestazioni sollevate da un litigante sulla verità di un fatto notorio, dovete prima dargli il modo di riconoscere da qualche altro carattere estrinseco quali sono i fatti notorî: altrimenti si cade nella più grossolana petizione di principio!

A critiche analoghe si presterebbe qualunque altra formula che cercasse di desumere il concetto di notorietà *a posteriori,* dal modo con cui i fatti notorî devono esser trattati nel processo. In verità la definizione del fatto notorio deve esser cercata *prima e fuori del processo;* per apprezzare nella sua giusta luce la massima « *notoria non egent probatione* », non bisogna infatti dimenticare che essa rappresenta una eccezione al divieto posto al giudice di servirsi nel processo per l'accertamento dei fatti del suo sapere « privato », cioè delle informazioni stragiudiziali che egli eventualmente abbia acquisito fuori del processo, come privato cittadino, sulla esistenza e sul modo di essere dei fatti stessi. La massima « *notoria non egent probatione* » non è la consacrazione di un dovere del giudice di conoscere d'ufficio i fatti notori e di tenerne conto anche senza che le parti glieli suggeriscano (non esiste accanto alla massima « *iura novit curia* », che un siffatto dovere

---

(15) Cfr. WETZELL, *System,* 3ª ed., pag. 183; STEIN, *Priv. Wissen,* 143, nota 15.

(16) Il *Cod. jur. can.* (can. 2197) considera il delitto *notorium notorietate facti* « si publice notum sit et in talibus adiunctis commissum, *ut nulla tergiversatione nulloque iuris suffragio excusari possit* ». Fonti anteriori, nel mio scritto *La teoria dell'error in judicando,* cit., nota 123.

(17) Cfr. LANGENBECK, *Sulla natura della notorietà e sulla sua importanza nel processo civile* (in *Riv. per il proc. civ. ted.* VI, pag. 470 e seguenti).

stabilisce per le norme giuridiche, una massima parallela « *notoria novit curia* »!); ma è soltanto la espressione di una facoltà che vien riconosciuta al giudice, per quella sola categoria di fatti che diconsi notorî, di sottrarsi a quel divieto di giudicare « *secundum suam scientiam* », che per tutte le altre categorie di fatti gli è imposto. Questo significa, in sostanza, che i motivi i quali giustificano quel canone fondamentale del processo che è il divieto posto al giudice di utilizzare nella sentenza il suo sapere privato sui fatti della causa, vengono meno quando i fatti rivestono i caratteri della notorietà: *nella analisi di questi motivi si trova evidentemente la chiave per giungere alla definizione del fatto notorio.*

Il problema della definizione del fatto notorio si traduce dunque, sostanzialmente, nella ricerca dei caratteri che un fatto deve avere fuori del processo, per sfuggire ai motivi razionali della regola, secondo la quale il giudice non deve tener per veri nella sua sentenza se non i fatti *resultanti dal processo* (comprendendo sotto questa qualifica così i fatti non controversi fra le parti, come quelli accertati nel processo mediante le prove).

5. — La regola, secondo la quale il giudice non può utilizzare nel giudizio le sue informazioni private sui fatti della causa, risale al tradizionale aforisma « *secundum alligata et probata partium debet judex judicare, non secundum suam conscientiam* »; ma questo, come fu osservato (18), si può scomporre in due ben distinti divieti, che operano in momenti diversi, hanno diversa portata e possono concepirsi l'uno separato dall'altro: il primo proibisce al giudice di allargare di sua iniziativa il campo della lite oltre i fatti che le parti abbiano dedotto nel processo (« *secundum alligata decidere debet* »), il secondo gli proibisce di servirsi, per accertare la verità dei fatti allegati dalle parti, di mezzi diversi dalle prove raccolte nel processo (« *secundum probata decidere debet* »).

Ora è certo che, se anche nel primo di questi divieti si può trovare un ostacolo all'uso da parte del giudice della sua scienza privata (in quanto questo divieto gli impedisce di servirsi della medesima per introdurre di sua iniziativa nel giudizio fatti che per sue informazioni stragiudiziali gli resultino attinenti alla lite), la *sedes materiae* specifica della regola che dichiara non utilizzabile nel processo la scienza privata del giudice, è nel secondo divieto: poichè, mentre il primo va di pari passo col principio dispositivo e trova in questo la sua giustificazione, il secondo, ristretto nell'ambito del diritto probatorio, ha una ragion d'essere propria, che lo mantiene in vigore anche in un sistema

(18) STEIN, *Priv. Wissen*, pag. 3, nota 7.

processuale, com'è quello penale, che prescinda dal principio dispositivo (19).

Tra le varie ragioni che si sono addotte per giustificare il divieto della utilizzazione nel processo della scienza privata del giudice (20), la più persuasiva è quella desunta dalla incompatibilità psicologica fra la funzione del giudice e quella del testimone (21).

Per la naturale imperfezione dei sensi umani, a causa della quale la percezione anche dei fatti più semplici è fatalmente soggetta a lacune e ad errori, la testimonianza porta sempre con sè, anche quando è resa in buona fede, un fondato sospetto di fallacia, che consiglia di non darle credito senza una preventiva critica che ne valuti l'attendibilità; d'altra parte assai volte il testimone è tratto quasi istintivamente a lavorar di fantasia sui dati grezzi della sua percezione originaria, a interpretare ed a ricostruire secondo il suo punto di vista soggettivo il fatto al quale ha assistito, e a considerare infine come immediata constatazione dei sensi quello che in realtà non è che il resultato riflesso di una rielaborazione e quindi di una trasformazione delle sensazioni primitive. Il testimone, insomma, rare volte riferisce i fatti come li ha percepiti, ma li riferisce come, in seguito a ciò che ha percepito, gli sembra naturale e ragionevole che si siano svolti: con questo egli ha già fatto per conto suo un giudizio di fatti, che, sia pure inconsciamente, lo induce ad esser parziale. Si aggiunga a tutto questo che rare volte il testimone, al momento in cui ha osservato i fatti, poteva prevedere che egli in seguito sarebbe stato chiamato a deporre su di essi in giudizio: sicchè, quando egli è interrogato, deve contentarsi di ritrovare nel fondo dei suoi ricordi i resti di una impressione vaga e frammentaria, invece di un quadro completo e preciso, quale sarebbe restato nella sua memoria se, al momento in cui i fatti si svolsero, egli vi avesse assistito col senso di responsabilità e colla concentrata attenzione di chi si mette ad osservare per riferire ciò che osserva.

Date queste congenite manchevolezze, la testimonianza non può essere utilizzata nel processo se non quando sia stata sottoposta, da parte di un critico sereno e spassionato, a una opera che possiamo dire di « purificazione », volta a liberarla per quanto è possibile da tutto ciò che rappresenta, sulla oggettiva genuità del fatto, una soprastrut-

---

(19) SCHMIDT, *Le osservazioni stragiudiziali del giudice,* 1892, pagina 304; STEIN, *Priv. Wissen,* pag. 2, nota 4; FLORIAN, *Prove penali,* I, nn. 180-181.

(20) Cfr. una rassegna delle opinioni su questo punto in BAYER, *Entscheidungsgrundlagen* (Graz, 1911), pag. 271 e segg.

(21) STEIN, *Priv. Wissen,* pagg. 2-3, sulle orme di SCHMIDT; FLORIAN, *Prove pen.,* I, n. 181; CHIOVENDA, *Principii,* pag. 734, il quale ricorda (ivi, nota 1) che tradizionalmente la ragione di questo divieto si suol porre nella qualità pubblica del giudice.

tura secondaria e successiva, derivata dalla soggettiva rielaborazione del teste. Questo lavoro di valutazione della testimonianza è quanto di più delicato e di più difficile si possa richiedere al giudice nel processo: egli deve, per giungere a risultati sodisfacenti, cominciare a studiare e a misurare quello strumento di percezione che è il teste, perchè solo dal conoscere le sue condizioni fisiche e il suo livello intellettuale e morale potrà dedurre quale sia il valore da attribuire alle sue affermazioni: deve tentar di rifare il cammino logico, attraverso il quale il testimone può esser giunto alla conclusione da lui riferita, e ricostruire quali ostacoli derivanti dalle sue condizioni soggettive possono averlo turbato durante questo cammino; egli deve, in una parola, per arrivare a giudicare i fatti attestati, muovere dal giudicare colui che li attesta. Come potrebbero, dunque, cumularsi in una persona sola, in questa importantissima fase della valutazione delle prove, la funzione di colui che giudica e quella di chi è giudicato?

Se fosse permesso al giudice di utilizzare nel processo le sue informazioni stragiudiziali e di attingere liberamente alle torbide riserve della memoria per trar fuori dai residui delle osservazioni occasionali tutto quello che per avventura si riferisce ai fatti della causa, egli, sotto veste di giudice, compirebbe in realtà funzione di testimone: e i pericoli di inesatta e incompleta percezione, di arbitraria rappresentazione, di inconsapevole parzialità che sono inerenti ad ogni testimonianza, resterebbero in questo caso senza correttivo alcuno, perchè non interverrebbe a rimuoverli o ad attenuarli la valutazione oggettiva di persona diversa dal testimone.

Il giudice, acuto critico della testimonianza altrui, non riuscirebbe ad essere il critico efficace della testimonianza propria: sulla esattezza delle proprie osservazioni, sulla saldezza della sua memoria non avrebbe dubbî: nel contrasto con altre testimonianze, egli finirebbe sempre col dar ragione a sè stesso. E, in conclusione, l'accertamento dei fatti, anzichè sul ponderato e spregiudicato confronto di diverse deposizioni e degli svariati elementi psicologici proprî di ciascuna, verrebbe basato su una testimonianza sola, preferita a tutte le altre e accolta alla cieca, senza riserve e senza critica, per sola ragione di amor proprio.

Qual garanzia di giustizia sia per i giudicabili la esclusione dal campo probatorio della scienza privata del giudice, non occorre più a lungo dimostrare. Anche la regola che impone al giudice di giudicare « *secundum alligata partium* » si può considerare, sotto un certo aspetto, come una garanzia di imparzialità, perchè il principio del contraddittorio verrebbe ad essere praticamente annullato, se il giudice potesse di sua iniziativa introdurre nel materiale di lite fatti non passati attra-

verso il controllo delle parti nel dibattimento (22). Ma il canone fondamentale dell'uguaglianza delle parti, al quale deve costantemente inspirarsi un ben congegnato sistema processuale, verrebbe violato del pari, se il giudice, pur essendo tenuto a decidere « *secundum allegata* », potesse servirsi, per procedere all'accertamento dei fatti allegati, delle sue informazioni stragiudiziali, perdendo così quel carattere di estraneità alla lite, che gli permette di mantenersi nel processo superiore alle parti e ai testimoni.

6. — Se il divieto della utilizzazione nel processo della scienza privata del giudice ha la sua fondamentale ragion d'esser nella incompatibilità psicologica tra l'ufficio del giudice e quello del testimone, la regola « *notoria non egent probatione* », la quale costituisce una eccezione a questo divieto, deve trovare la sua giustificazione in ciò: che quando il giudice utilizza, senza bisogno di prove, la sua scienza stragiudiziale intorno alla notorietà di un fatto, non va incontro a quei pericoli di parzialità e di scarso senso critico ai quali andrebbe incontro se volesse utilizzare in giudizio le sue informazioni private su fatti non notorî. Affinchè la regola « *notoria non egent probatione* » sia compatibile colla regola « *secundum probata judex judicare debet* », occorre dunque che il fatto notorio sia definito attraverso caratteri tali, dai quali chiaramente risulti che esso può essere utilizzato dal giudice senza dar luogo a quella incompatibilità psicologica di cui sopra si è detto.

Possiamo a questo punto riprendere in esame la definizione del fatto notorio che ci è data dall'art. 297 del progetto CARNELUTTI (cfr. *retro*, n. 2): « si reputano pubblicamente notorî quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione ». Questa definizione ha indubbiamente il pregio di sottrarsi ad ogni taccia di tautologia, in quanto si propone di colpire i caratteri della notorietà *fuori del processo;* ma, se teniamo presente il cammino che abbiamo percorso finora per giungere a porre il problema in termini logicamente precisi, dobbiamo domandarci se il solo carattere di esser noto « alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione » basti a sottrarre un fatto ai motivi razionali della regola « *secundum probata judex judicet* » e a rendere innocuo, in relazione all'accertamento di quel fatto, il cumulo in una stessa persona della qualità di testimone con quella di giudice.

---

(22) Tanto questa regola appare come una fondamentale garanzia di giustizia, che nel processo penale, nel quale essa non vige, si tende a introdurre come suo surrogato il principio che il giudice, nell'accertare i fatti, deve tener conto soltanto delle risultanze del dibattimento (FLORIAN, *Prove pen.*, I, n. 180 in fine).

Per rispondere a questa domanda credo che sia utile ricorrere, prima che ai ragionamenti, a due esempî pratici, i quali ci faranno intuire che, per accettare con assoluta tranquillità la massima « *notoria non egent probatione* », occorre introdurre nel concetto di notorietà qualcosa di più della semplice conoscenza generale del fatto nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione.

Primo caso. Tizio cita in giudizio Caio per farlo condannare alla restituzione di una somma datagli a mutuo durante la guerra. Caio resta contumace, e Tizio produce in giudizio, per provare il fondamento della sua domanda, una scrittura di Caio, in cui questi promette di restituire la somma avuta in prestito « quando sarà cessata la guerra tra l'Italia e l'Austria ». E' noto che chi fa valere un diritto inizialmente soggetto a condizione o a termine ha in giudizio l'onere di provare che il suo diritto si è purificato per l'avverarsi della condizione o per la decorrenza del termine (23), ed è noto altresì che, nel nostro sistema processuale, la contumacia del convenuto non esonera l'attore dal provare i fatti costitutivi del suo diritto. Ora nel caso nostro dovrà il giudice, in contumacia di Caio, respinger la domanda di Tizio perchè questi non si è curato di provare che la guerra tra l'Italia e l'Austria è cessata e che quindi il suo diritto non è più soggetto a termine, o potrà accoglierla, considerando che il fatto della cessazione della guerra italo-austriaca è così generalmente noto da non aver bisogno di prova?

Secondo caso. In un piccolo paese, sede di Pretura, ha luogo una pubblica cerimonia, alla quale assiste, raccolta nella piazza principale, gran parte della popolazione: dinanzi a questo uditorio, di cui fanno parte tutte le autorità paesane compreso il Pretore, l'oratore Caio, nel tenere il discorso ufficiale, si lascia sfuggire, in modo da essere perfettamente inteso da tutti i presenti, una frase ingiuriosa per Tizio. Tizio, intendendo querelarsi per ingiuria, presenta al Pretore del paese istanza per la citazione di Caio, nella forma permessa dall'art. 354 Cod. proc. pen.: ordinata la citazione, Caio non compare all'udienza stabilita, o, comparendo, nega di aver pronunciato la frase ingiuriosa di cui Tizio si duole. Potrà il Pretore, senza udire testimonî, condannare Caio per ingiuria, ritenendo che il fatto non abbia bisogno di esser provato perchè in paese tutti ne sono a conoscenza?

Se proponete questi due quesiti, come io mi sono dato cura di fare, a un pratico del diritto, a un avvocato o a un giudice, abituati a sentire per intuizione la soluzione delle questioni giuridiche prima che a cercarne le ragioni logiche, la risposta sarà quasi certamente in senso opposto per i due casi: il fiuto giuridico dell'avvocato o del giudice

(23) Chiovenda, *Principii*, pag. 794.

non avrà alcuna difficoltà ad ammettere che il fatto della cessazione della guerra italo-austriaca possa esser considerato vero in giudizio senza bisogno di prova, ma si ribellerà a fare lo stesso trattamento al fatto della frase ingiuriosa, quantunque pubblicamente lanciata; sentirà infatti che in questo secondo caso la decisione senza prove presenta pericoli di parzialità e di errore che il primo caso assolutamente non offre.

Ora, se questa è la risposta del buon senso giuridico, quali sono le ragioni logiche, che è ufficio del teorico ricercare, per giustificare questa differenza di soluzioni? Non si dica che la ragione della differenza deve esser cercata nel diverso numero di persone che partecipano alla conoscenza dei due fatti: il primo — quello della cessazione della guerra italo-austriaca — conosciuto dalla generalità dei cittadini italiani, anzi dalla generalità dei popoli civili, mentre il secondo quello della frase ingiuriosa pronunciata da Caio — è conosciuto solamente dai paesani del piccolo centro in cui si è svolto. Questa differenza numerica non può avere nessuna importanza per stabilire una diversità *qualitativa* fra i due casi, dato che la notorietà, come vedremo, è sempre un concetto relativo a una determinata cerchia sociale più o meno limitata; nè trattamento diverso potrebbe farsi ai due casi in base alla formula dell'art. 297 del progetto Carnelutti, perchè essa si adatta perfettamente a comprenderli entrambi (anche il fatto dell'ingiuria pubblicamente lanciata dovrebbe, secondo questo articolo, esser considerato notorio, come quello che è noto « alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo *in cui avviene la decisione* »).

La differenza tra i due casi non può neppure esser cercata, come da principio si potrebbe pensare, nella diversa relazione in cui nell'un caso e nell'altro si trova il fatto che si afferma notorio colla controversia da decidere: nel primo caso, cioè, il fatto della cessazione della guerra italo-austriaca si troverebbe colla controversia in relazione occasionale ed accessoria, sicchè il giudice potrebbe trovare in esso soltanto un elemento secondario e laterale della decisione: mentre nel secondo caso il fatto della frase ingiuriosa costituirebbe il centro stesso del dibattito, cosicchè decider su di esso vorrebbe dire decidere addirittura sulla esistenza del reato. In realtà, se si esaminano le cose un po' a fondo, questa differenza non esiste affatto: come nel secondo caso il fatto della frase ingiuriosa ha carattere *costitutivo* del reato per cui si procede, così nel primo caso il fatto della cessazione della guerra italo-austriaca ha carattere *costitutivo* del diritto fatto valere, perchè quando l'acquisto di un diritto dipende dal decorso di un termine « è la scadenza del termine che è fatto *costitutivo* » (24). D'altra parte

(24) Chiovenda, *Principii*, pag. 794.

niente autorizza a ritenere che, quando il giudice si trova di fronte a un fatto indubbiamente notorio, egli debba, per servirsene senza bisogno di prova, distinguere prima qual è la posizione e la funzione di questo fatto nel concreto rapporto controverso, e attribuire alla notorietà un diverso valore secondo la diversa gravità delle conseguenze che ne posson derivare sulla decisione della causa. Se la notorietà *fuori del processo* dà al giudice un grado di certezza per lo meno uguale a quella che gli deriverebbe dalla prova, non c'è ragione di valutarla diversamente *a posteriori* secondo la posizione che il fatto notorio ha *nel processo*. Per questo si insegna comunemente che i fatti notorî possono come tali assumere tutte quelle posizioni che in generale può nel processo avere un fatto non notorio (25).

Nè sarebbe maggiormente nel giusto chi volesse basare la differenza tra i due esempî sopra proposti nella diversa natura dei due processi; quasichè il principio « *notoria non egent probatione* » potesse trovare applicazione nei giudizi civili, non in quelli penali. Contro questo criterio di distinzione sarebbe facile rispondere che come vale anche per il processo penale, indipendentemente dal principio dispositivo, il divieto al giudice di utilizzare la sua scienza privata (*retro*, n. 5 all'inizio), così devono valere anche per il processo penale le ragioni per le quali tale divieto cessa di fronte ai fatti notorî. Per escludere che la notorietà possa essere utilizzata nel processo penale nei casi in cui è utilizzabile nel processo civile, non si potrebbe certo considerare come argomento quella disposizione dell'art. 406 Cod. proc. pen. che vieta « la lettura di informazioni sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel procedimento »: altro infatti è la voce pubblica, la quale in nessun processo, penale o civile che sia, può sostituirsi alla prova, ed altro è la notorietà nel senso in cui qui ne parliamo; nè credo che esista un giudice, per quanto scrupoloso fino al formalismo, che in un processo penale, in cui per una ragione qualsiasi abbia rilevanza il fatto della cessazione della guerra italo-austriaca, sia disposto, per non essere accusato di dar credito a « voci correnti nel pubblico », ad ordinare l'assunzione di regolari prove su questo punto! (26).

---

(25) STEIN, *Priv. Wissen*, pag. 141: « *die können die « erhebliche » sein oder ein Indiz dafür oder eine Hilfsthatsache des Beweises* »; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 733: « Di rado accadrà che questi fatti abbiano importanza diretta nella lite, come fatti giuridici; ma ciò può anche essere (può essere notoria, ad es. la morte di una persona, e che ciò sia condizione del sorgere o del cessare d'un diritto): più spesso si tratta di fatti semplici da cui si può semplicemente trarre argomento relativamente alla lite ».

(26) Mi par che qui cada a proposito osservare all'amico FLORIAN che i ragionamenti con cui egli, al n. 43 e al n. 182 delle sue *Prove penali* (Vol. I), cerca di dimostrare che nel processo penale « la notorietà di per sè non esonera dalla

In conclusione la differenza essenziale tra i due casi in questione non può essere ricercata che in ciò: che mentre nel primo ci troviamo di fronte a un fatto (cessazione della guerra italo-austriaca) notorio in quel senso in cui si dice che « *notoria non egent probatione* », nel secondo caso il fatto della ingiuria pubblicamente inferta, — quantunque « noto alla generalità dei cittadini nel tempo in cui avviene la decisione » — non è notorio nello stesso senso e colle stesse conseguenze. Questo significa che, *affinchè un fatto possa dirsi notorio in senso proprio non basta che esso sia « noto alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione »*: che cosa, dunque, il fatto propriamente notorio deve avere di più e di diverso?

7. — Il merito fondamentale della classica opera di FEDERICO STEIN sulla scienza privata del giudice consiste, come sempre meglio si riconosce (27), nell'aver « isolato », in mezzo al materiale di nozioni estragiuridiche che il giudice, come un uomo colto vivente in società, porta dalla vita nel processo, quelle che egli per primo chiamò « massime di esperienza » (*Erfahrungssätze*), distinguendole con insuperabile

---

prova i fatti a cui essa si accompagni » (pag. 90), possono, invece, servire indirettamente a dimostrare il contrario. Insegna il FLORIAN che nel processo penale i fatti notorî possono essere esenti da prova solo in quanto « posta, come oggetto di contraddittorio, la questione sulla loro sussistenza, *non sorgano contestazioni* »; ma poco prima (n. 42 a pag. 86) egli ha correttamente insegnato che mentre nel processo civile hanno bisogno di prova solamente i fatti non controversi « la non disputabilità, il non contrasto sul fatto non ha importanza per il processo penale, *nè toglie l'interesse o la necessità della prova* ». Ciò premesso, come è possibile asserire che nel processo penale i fatti notorî sono esenti da prova non perchè notorî ma perchè non contestati, quando d'altra parte si afferma che in penale la mancanza di contestazione sui fatti non esenta da prova? Qui si confonde, mi pare, il momento della allegazione dei fatti notorî con quello della prova dei medesimi: anche nel processo civile il principio « *notoria non egent probatione* » lascia impregiudicato l'altro punto, assai dibattuto, se i fatti notorî abbiano bisogno di essere allegati dalle parti. Analogamente il principio che nel processo penale anche dei fatti notorî il giudice non può tener conto se non in quanto siano stati enunciati nel dibattimento come oggetto di possibile contradditorio (FLORIAN, n. 185), non esclude, anzi conferma, che quando il giudice penale tien conto di questi fatti notorî enunciati nel dibattimento, ne tien conto senza bisogno di prove non già perchè siano non contraddetti (chè in penale, come si è visto, la non contraddizione non esonera dalla prova), ma *perchè sono notorî*. Tra i varî fatti allegati o non contraddetti il giudice penale può ritener veri senza bisogno di prove soltanto quelli notorî: il che dimostra, mi pare, che anche in penale la notorietà sostituisce la prova.

(27) Cfr. sull'opera di STEIN, la necrologia del medesimo scritta da me in *Riv. di dir. proc.*, I, 1, pag. 117 e quella di PETSCHEK nella nuova serie della *Riv. per il proc. civ. tedesco*, 1924, pag. III.

chiarezza di dimostrazione dai fatti notorî, coi quali gli studiosi le avevano prima di allora confuse. Questa distinzione si basa, com'è noto, sulla diversa posizione che le massime di esperienza e le affermazioni sui fatti notorî assumono, in corrispondenza colla loro diversa natura logica, nel sillogismo del giudice: mentre le prime, coerentemente alla loro natura di proposizioni aventi contenuto generale e come tali applicabili anche nel futuro a tutta una serie di casi simili (28), prendono sede nella premessa maggiore del sillogismo, le seconde, consistenti in giudizi su eventi concreti, vanno, come tutte le affermazioni sulla esistenza di singoli fatti, a formare la premessa minore (29).

Questa netta distinzione tra massime di esperienza e fatti notorî, che lo STEIN ha voluto energicamente porre in evidenza fin nella esterna repartizione del suo lavoro nel quale sono dedicate due diverse parti allo studio separato di questi due argomenti prima di allora generalmente confusi, ha indubbiamente portato una grande chiarezza di idee in tutta questa materia, esplorata come non mai per il passato attraverso sottilissime analisi. Ma se torniamo oggi a riesaminare, come è accaduto a me per il presente studio, qualcuno dei punti sui quali lo STEIN sembra aver detto ormai una parola definitiva, può accaderci di dubitare se il profondo solco di divisione da lui scavato tra massime di esperienza e fatti notorî, non abbia per avventura fatto perder d'occhio, a scapito della visione sintetica del fenomeno, un carattere che fuori del processo questi hanno in comune con quelle, e che giustifica per gli uni e per le altre parità di trattamento nel processo.

È infatti opportuno ricordare che, pur essendovi tra le massime d'esperienza e i fatti notorî una profonda diversità di natura logica e una conseguente diversità di posizione nel sillogismo giudiziale, l'acquisizione delle une e degli altri nel materiale di lite costituisce ugualmente una eccezione al principio che vieta al giudice di adoprare nel processo la sua scienza privata: ora il fatto che questo divieto venga meno ugualmente di fronte alle massime di esperienza e di fronte ai fatti notorî, nonostante la diversità della posizione logica che questi e quelle assumono nel processo, fa supporre che fuori del processo queste due categorie di giudizî logici si incontrino in un carattere comune, e che appunto in considerazione di questo carattere comune sia ugualmente permessa per gli uni e per le altre la acquisizione al processo senza bisogno di prove.

Se negli scrittori tedeschi anteriori allo STEIN (30) vediamo insieme

---

(28) Cfr. STEIN, *Priv. Wissen*, pag. 21 e segg.

(29) STEIN, *Priv. Wissen*, pag. 139 e segg.

(30) Cfr., per es. WETZELL, *System*, § 20, pag. 186, lett. *d;* LANGENBECK, *Sulla natura della notorietà e sulla sua importanza nel processo civile*, cit.

considerate, sotto l'unico concetto di notorietà, le leggi di natura e gli avvenimenti storici (cioè proposizioni di portata generale messe insieme con affermazioni su singoli eventi concreti); se da noi il LESSONA considera ugualmente *evidenti* « le verità assiomatiche che son proprie delle varie scienze fisiche e morali », senza distinguere se abbiano la natura di principî generali o di affermazioni su eventi concreti (31); se, finalmente, una intuitiva voce di buon senso ci avverte che come sarebbe assurdo perder tempo a provare al giudice la legge di gravità, ugualmente assurdo sarebbe (e la ragione di questa assurdità sembra nell'un caso e nell'altro la stessa) provargli che il 20 settembre 1870 fu presa Roma: — ci sentiamo autorizzati a ritenere che le massime di esperienza e i fatti notorî, così nettamente separati dallo STEIN, presentano, sotto un certo angolo visuale, una certa affinità di caratteri che permette di considerarli, per la soluzione del nostro problema, come un fenomeno sostanzialmente unico (32).

8. — Il carattere comune, il quale spiega perchè per le massime di esperienza e per i fatti notorî il giudice può servirsi della sua scienza privata senza incorrere nella incompatibilità psicologica tra la funzione del testimone e quella di chi deve valutare la testimonianza, è, secondo me, questo: che le une e gli altri rientrano in quel patrimonio di nozioni comunemente e pacificamente accolte in una determinata cerchia sociale, che possiamo genericamente denominare *cultura.*

Parlo qui di cultura in senso lato e, si può dire, rudimentale: comprendendo in questo concetto non soltanto le nozioni che si apprendono a scuola e che rappresentano il resultato di uno studio scientifico più o meno approfondito, ma altresì tutto quel complesso di conoscenze empiriche, tratte dalla esperienza o dalla tradizione, che ciascun uomo vivente in società possiede in conseguenza della sua appartenenza a una determinata cerchia di persone, aventi con lui — per le più disparate ragioni: di tempo, di luogo, di professione, di religione, di condizione economica e così via — comunanza di interessi e quindi comunanza di cognizioni atte a sodisfarli.

Se prendiamo a caso qualsiasi rappresentante di una classe sociale scelta sia pure tra le più umili — come potrebb'essere ad esempio quella dei lavoratori della terra — troviamo in lui un corredo di nozioni sulle cose che lo interessano nella sua attività giornaliera, le quali

---

(31) *Prove, I,* n. 175.

(32) Cfr. in questo senso KOHLER, *Ueber notorische Thatsachen* (in *Ges. Beiträge zum Civilprocess,* Berlin 1894, pag. 68 e segg.), secondo il quale la distinzione tra fatti notorî e massime di esperienza non ha importanza giuridica; HEGLER, *La distinzione fra perito e testimone nel processo* (in *Arch. per la pratica civ.,* CIV, pag. 170-171).

nozioni possono essere giudizî di portata generale desunti da ripetuta esperienza e valevoli anche per l'avvenire (per es. la massima che il grano si semina nel novembre), o giudizî su singoli fatti ritenuti veri da tutti gli appartenenti a quella stessa cerchia sociale (per es. la notizia che la fiera del bestiame è fissata per un certo giorno). L'estensione e la durata di questi raggruppamenti sociali, entro i quali esiste comunanza di interessi e comunanza di coltura, possono essere diversissime: come diversissime possono essere, secondo i tempi ed i luoghi, le ragioni per cui questi raggruppamenti si formano. Certe massime variano da luogo a luogo, si completano e si trasformano col progredir della scienza e col perfezionarsi della tecnica, il ricordo di certi fatti impallidisce cogli anni fino a svanire, certe nozioni sono patrimonio riservato a una ristretta cerchia di specialisti, altre sono comuni (per es. la massima che il sole fa luce) alla quasi assoluta totalità degli uomini. Ma, comunque si formino e si modifichino e si sovrappongano queste zone culturali corrispondenti ad altrettante cerchie sociali, certo è che per ciascuna di esse si verifica, in un ambito più o meno largo secondo i casi, questo fenomeno qualitativamente identico; che ad ogni cerchia sociale corrisponde un patrimonio comune di nozioni, che rappresentano il resultato di una esperienza e di una critica collettiva, sicchè ciascun appartenente a quel gruppo le accoglie senza discuterle, perchè partecipa alla *communis opinio*, formatasi ormai, nell'interno di quel gruppo, sulla verità delle medesime. Non si può escludere, così, che alcune di queste nozioni appartenenti oggi alla cultura di un determinato gruppo sociale possano domani esser dimostrate false; ma, insomma, esse costituiscono oggi ciò che, nella rispettiva cerchia, è ritenuto comunemente come verità. Gli errori individuali, le deficenze della percezione isolata, i sospetti di parzialità o di pregiudizio che accompagnano sempre l'affermazione del singolo osservatore, sono eliminati attraverso la critica del gruppo sociale; questo patrimonio culturale, conquista anonima degli sforzi di tutto il gruppo, si spoglia, per quanto è umanamente possibile, dalle scorie da cui potrebb'essere inquinato il giudizio del testimone che dice di aver visto coi proprî occhi. Le nozioni che compongono questo patrimonio acquistano così un'autorità che l'affermazione individuale non può avere, perchè esse portan con sè la garanzia del vaglio e del controllo collettivo (33).

Se torniamo ora a considerare la possibilità che alcuna di queste nozioni appartenenti alla cultura di una determinata cerchia sociale (massime generali o giudizî su singoli fatti) abbia rilevanza nel processo,

---

(33) STEIN, *Priv. Wissen*, pag. 148: « La possibilità di errori di osservazione viene compensata dalla massa degli osservatori ».

intendiamo subito che essa può esservi utilizzata senza bisogno di quella preventiva valutazione critica alla quale deve invece sottostare sempre la testimonianza individuale. La critica che sulla deposizione del singolo testimone dev'essere fatta dal giudice per depurarla da ogni sospetto di errore o di mendacio, è già stata esercitata fuori del processo, come s'è visto, su queste nozioni costituenti la cultura di un gruppo sociale. Queste nozioni possono dunque essere utilizzate dal giudice senza controllo e senza critica, *perchè il controllo e la critica sono già stati compiuti fuori del processo.* D'altra parte si deve considerare che quando un fatto viene per la prima volta affermato in un giudizio da un testimone, è sempre supponibile che tale affermazione sia stata fatta non in vista della sua corrispondenza alla verità, ma *in vista delle conseguenze giuridiche che essa in giudizio può avere pro o contro una delle parti*: quando invece una affermazione di fatto si trova già, fuori e prima del processo, acquisita come verità indiscutibile da una collettività *che non ha potuto prevedere le eventuali conseguenze giuridiche di quel fatto sul processo,* è evidente che questa affermazione si presenta al giudice con un carattere di disinteressata oggettività, che le affermazioni dei testimoni non presentano mai *a priori.*

In conclusione, se il divieto al giudice di utilizzare nel processo la sua scienza privata trova la sua ragione determinante nella incompatibilità tra la funzione di giudice e quella di testimone, è evidente che questo divieto non può sussistere per quelle nozioni (massime di esperienza o giudizî su singoli fatti) che il giudice trova già acquisite al patrimonio culturale di una determinata cerchia sociale; perchè, non essendovi bisogno di esercitar sulle medesime quella valutazione critica alla quale deve sempre esser sottoposta la deposizione individuale del testimone, il giudice può tranquillamente utilizzarle senza trovarsi nella pericolosa situazione di dover giudicare sè stesso (34), mentre le parti son sempre in grado di controllarne l'esattezza, essendo tali nozioni comune patrimonio di una collettività (35).

9. — Torniamo ora alla definizione del fatto notorio, considerato in sè e indipendentemente dai caratteri comuni che esso ha colle massime di esperienza: possiamo intanto, prima di cercare una formula sintetica in cui questa definizione si riassuma, mettere rapidamente in luce alcuni caratteri della notorietà, che derivano dalle considerazioni precedenti.

a) La notorietà è un concetto essenzialmente relativo; non esistono fatti noti a tutti gli uomini senza limitazione di tempo e di

(34) Stein, *Priv. Wissen,* pag. 148.

(35) Cfr. Chiovenda, *Principii,* pag. 734.

spazio (36). Si può parlare di fatti notorî solamente in relazione a un determinato circolo sociale: gli abitanti di una città, gli esercenti una professione, gli appartenenti a una setta e così via. Ma il concetto di notorietà non varia qualitativamente in relazione al numero più o meno grande dei componenti la categoria sociale entro la quale il fatto è notorio. Il passaggio di una cometa invisibile ad occhio nudo, che è conosciuto in Italia soltanto da poche decine di astronomi, non è meno notorio della data della cessazione della guerra italo-austriaca, che è conosciuta da milioni di italiani; ciò che conta, per determinar la notorietà, non è la moltitudine di coloro che conoscono il fatto, ma è il carattere di pacifica e disinteressata certezza che questa conoscenza ha ormai entro la cerchia sociale di cui è patrimonio comune.

b) Notorietà di un fatto entro una determinata cerchia sociale non significa effettiva conoscenza del medesimo da parte di tutti i componenti questa cerchia e neppure effettiva conoscenza del medesimo da parte della maggioranza di questi (37). Non è possibile che io mi ricordi perfettamente di tutte le nozioni che considero come verità accertate e come patrimonio intellettuale definitivamente acquisito alla mia cultura: forse io non so dire di colpo in che anno morì il pontefice Gregorio VII, nè enumerare a memoria quali sono i porti della Nuova Guinea: ma pure io considero queste nozioni come acquisite alla mia cultura, cioè notorie nella cerchia sociale alla quale appartengo: e se non le ricordo, so che esse son registrate, come dati indiscutibili, nei manuali di storia e di geografia, ai quali posso quando voglio attingere. Lo stesso si può dire, per ogni cerchia sociale, delle nozioni che ad essa sono proprie: forse non ogni contadino di una certa zona agricola ricorda quali sono per l'anno in corso le date delle fiere del bestiame nei paesi circonvicini; ma queste date sono tuttavia notorie alla collettività, perchè ognuno può trovarne la conferma negli avvisi affissi al pubblico presso gli uffici comunali. Forse la massima parte degli abitanti di una città ignorano qual è la precisa ubicazione di una strada recentemente aperta; ma tale ubicazione è tuttavia notoria, perchè ogni cittadino ha la possibilità di venirne a conoscenza recandosi sul posto o consultando una pianta della città. Notorietà di un fatto entro una determinata cerchia sociale significa dunque appartenenza del medesimo a quel patrimonio di nozioni dal quale tutti i componenti quella cerchia sanno di poter attingere quando occorra, colla sicurezza di trovarvi registrate verità ritenute comunemente indiscutibili; non è la conoscenza effettiva che produce la no-

(36) Stein, *Priv. Wissen*, pag. 142-143.

(37) Chiovenda, *Principii*, pag. 733-734: « Notorio non è ciò che effettivamente è noto, ma ciò che può esser noto per via di scienza pubblica e comune ».

torietà, ma *la normalità di questa conoscenza nel tipo medio di uomo appartenente a una certa cerchia sociale e per questo dotato di una certa cultura.*

c) La conoscenza, o la possibilità di conoscenza, che ogni appartenente a una determinata cerchia sociale ha dei fatti acquisiti come veri alla cultura della sua cerchia, non deriva dunque da una diretta relazione individuale in cui egli si trovi o si sia trovato con questi fatti al momento in cui si producono o si sono prodotti, ma soltanto dalla sua appartenenza alla cerchia sociale in cui questi fatti sono notorî. Può darsi che qualcuno degli appartenenti a quella cerchia conosca il fatto per averlo direttamente osservato; ma questa osservazione individuale non aggiunge niente alla certezza del fatto, accolto ormai nel patrimonio culturale di tutto il gruppo: che il 4 novembre 1918 siano cessate le ostilità tra l'Italia e l'Austria è fatto della cui verità coloro che non parteciparono alla guerra sono convinti non meno di coloro che ebbero la ventura di assistere personalmente come combattenti alla vittoria italiana. Per questo si dice che, in relazione alla conoscenza dei fatti notorî, tutti i partecipanti del gruppo sono tra loro *fungibili* (38): posto che la conoscenza di questi fatti si presume ad essi normalmente acquisita indipendentemente da ogni diretta osservazione ch'essi abbiano fatto sui medesimi, essi possono, per la sola qualità di appartenenti al gruppo, tener luogo senza danno l'uno dell'altro nell'attestar questa conoscenza.

Chiariti così alcuni tra i più notevoli caratteri della notorietà, credo di poter senza ulteriore giustificazione proporre per i fatti notorî la seguente definizione:

« Si considerano notorî quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione ».

10. — Le conseguenze che si possono trarre da questa definizione in relazione ai varî problemi pratici concernenti la utilizzazione dei fatti notorî nel processo sono molteplici; ma non posso trattarne qui senza eccedere i limiti del tema propostomi. Soltanto — mentre mi auguro che questo mio articolo possa invogliare o incoraggiare qualche giovane studioso a condurre a termine una compiuta monografia sul tema così interessante del fatto notorio nel processo — credo opportuno accennare soltanto di sfuggita a un solo punto, dal quale la stessa definizione potrà forse risultare maggiormente chiarita.

Il principio « *notoria non egent probatione* » significa che il giudice può, se vuole, porre come veri nella sua decisione i fatti che gli

(38) Stein, *Priv. Wissen*, pag. 148.

resultano forniti dei sopradescritti caratteri costituenti la loro notorietà (39). Bisogna però guardarsi dal credere che, per utilizzare in giudizio la notorietà di un fatto, il giudice debba effettivamente esserne a conoscenza prima della decisione, o appartenere a quella cerchia sociale entro la quale il fatto è notorio: la ragione per la quale i fatti notorî sono utilizzabili nella decisione senza bisogno di prove non sta nella loro reale conoscenza da parte del giudice, ma nella critica collettiva che li ha vagliati fuori del processo fino a creare in un determinato circolo sociale una pacifica opinione comune intorno alla loro verità. Dunque a costituire il loro « lasciapassare » nel processo è necessaria e sufficiente la constatazione da parte del giudice della loro notorietà in una determinata cerchia sociale, senza distinguere se a questa constatazione il giudice pervenga attraverso la sua propria scienza ovvero attraverso espedienti tecnici che egli deve essere libero di procurarsi. Se il fatto di cui si invoca la notorietà rientra tra quelli di cui un uomo fornito della cultura del giudice dovrebbe normalmente essere a conoscenza (si pensi, per esempio, alla data di un fatto storico), il giudice potrà direttamente attingere, ove la memoria lo tradisca, ai libri di storia o di altra scienza sui quali il fatto è registrato (40). Ma anche se il fatto che si asserisce notorio non rientra tra le normali conoscenze di quella classe sociale a cui appartiene il giudice, e appartiene invece alla speciale cultura tecnica o locale di una cerchia di cui il giudice non fa parte (per es. la data della fiera del bestiame, notoria tra i contadini; il fatto della inaugurazione di un monumento ai Caduti di un piccolo paese, notorio soltanto agli abitanti del paese), niente vieta al giudice di informarsi privatamente, con tutti i mezzi che egli riterrà opportuni (ricorrendo per es. ai calendari degli agricoltori, o alla stampa del luogo, ecc.) della notorietà del fatto in quella cerchia sociale a cui egli non appartiene e di porre il fatto come vero senza bisogno di prova, ove questa notorietà gli risulti. Per queste condizioni mi sono astenuto dal ripetere, nella definizione da me proposta, quella limitazione locale che si trova nell'art. 297 del progetto Carnelutti (« ... nel luogo in cui avviene la decisione »): può darsi infatti che il

---

(39) La questione se i fatti notorî, per essere utilizzati dal giudice nel processo civile, abbiano bisogno di essere allegati dalle parti, resta impregiudicata: su questo punto cfr. Stein, *Priv. Wissen*, pag. 164; Bayer, *Entscheidungsgrundlagen* cit., pag. 211. In alcuna tra le più moderne legislazioni processuali è esplicitamente stabilito che il giudice può tener conto dei fatti notorî, anche se non allegati dalle parti, purchè prima della chiusura del dibattimento le parti siano ammesse a prender le loro conclusioni sui medesimi (Cod. proc. civ. ungherese, § 267; Reg. cinese, art. 329).

(40) Cfr. Stein, *Priv. Wissen*, pag. 169. In senso diverso, Kohler, scritto cit., pag. 72.

giudice sia convinto per scienza propria o per ricerche da lui fatte, che nel luogo in cui ha avuto origine la lite, diverso dal luogo in cui si svolge il giudizio, è notorio un certo fatto che nel luogo in cui si svolge il giudizio nessuno conosce. Dovremo dire per questo che il fatto cessa di esser notorio e che il giudice non ha più il potere di considerarlo come tale? La risposta, per chi accetti il concetto di notorietà precedentemente dato, non può non esser negativa.

Affiora da quanto finora si è detto un altro punto di analogia tra i fatti notorî e le massime di esperienza. Tutte le volte in cui il giudice ha da risolvere questioni tecniche in base a principî proprî di una scienza o di un'arte, egli è per regola libero di attingere questi principî dalla sua scienza privata o di procurarsi privatamente i mezzi per venirne a conoscenza, senza ricorrere all'opera del perito. I casi in cui il giudice non può decidere senza che sulla questione tecnica si sia pronunciato un perito, sono eccezionali (per es., art. 1533 Cod. civ.); ma anche in questi casi eccezionali il giudice, che non è vincolato dall'avviso del perito (art. 270 Cod. proc. civ.), resta sempre libero di non uniformarsi alla perizia, in base alle nozioni tecniche che egli privatamente possiede. Nel campo della fissazione e dell'applicazione delle massime di esperienza il giudice può dunque colla più assoluta libertà non solo servirsi della sua scienza privata, ma altresì fare, nei campi scientifici e tecnici più lontani dalla sua normale cultura, tutte le indagini necessarie per acquistare direttamente, senza intervento di periti, le nozioni che gli difettano. Della stessa libertà egli deve logicamente godere per quanto attiene alla ricerca dei fatti notorî anche fuori della cerchia sociale di cui egli fa parte: le ragioni colle quali lo Stein giustifica la sconfinata libertà del giudice nel fissare di sua iniziativa e colle proprie forze le massime di esperienza, (le massime di esperienza — egli dice (41) — sono immuni da errori di percezione individuale, perchè sono il resultato di una lunga critica collettiva; le massime di esperienza non sono mai inquinate da quella parzialità soggettiva che è frequentemente nella testimonianza, perchè sono state fissate senza alcun riferimento alla lite) possono essere infatti ripetute senza variazione alcuna per i fatti notorî (42).

E qui si presenta una questione interessantissima, ch'io debbo limitarmi soltanto ad accennare. Qualora il giudice, non conoscendo per

---

(41) *Priv. Wissen*, pag. 85.

(42) La posizione del giudice di fronte ai fatti notorî è dunque, a mio avviso, del tutto simile a quella che è fatta al giudice di fronte al diritto straniero o al diritto consuetudinario dal § 293 della *C. P. O.* germ.: « Per la constatazione di queste norme giuridiche, il tribunale non è vincolato alle prove prodotte dalle parti; esso ha potere di servirsi anche di altre fonti di cognizione, e di ordinare quanto è necessario a tale scopo ».

sua privata scienza il fatto che si afferma notorio e non volendo assumere per proprio conto informazioni stragiudiziali sulla notorietà del medesimo, disponga di chiamare nel giudizio a dar chiarimenti in proposito uno qualunque degli appartenenti a quel gruppo sociale entro il quale il fatto è notorio, lo chiamerà in veste di testimone o in veste di perito? Secondo il CARNELUTTI (43) « lo storico e il geografo, quando espone al giudice un fatto, che conosce (già) per le sue ricerche scientifiche, fa il testimonio, non il perito »; e la stessa risposta egli darebbe, mi sembra, per qualsiasi altra persona chiamata ad esporre al giudice un fatto notorio nella cerchia sociale di cui essa fa parte. Io sono di contrario avviso; ma per dar ragione di questa mia opinione dovrei procedere a un riesame — che non è possibile qui — di tutta la dibattuta questione della distinzione tra perito e testimone (44); mi limito ad osservare che, se una delle differenze fondamentali tra testimone e perito si pone in quel carattere di *fungibilità*, che manca al primo ed è invece proprio del secondo (45) — (differenza che

---

(43) *La prova civile*, pag. 151, nota 1.

(44) Cfr. HEGLER, *La distinzione fra perito e testimone nel processo*, cit.; CARNELUTTI, *La prova civile*, pag. 150 e segg.

(45) Cfr. su questo punto, STEIN, *Priv. Wissen*, pag. 55; CARNELUTTI, ib. nota 3, pag. 150; HEGLER, scritto cit., pag. 279. Ritengo che in questo carattere della *fungibilità* si debba veramente trovare uno dei criterî fondamentali per la distinzione del perito dal testimone. L'osservazione fatta dal CARNELUTTI (*Prova civile*, pag. 151 nota 3 in fine) che il perito può di fatto non esser fungibile quando il giudice trova sul luogo una sola persona fornita di quella cultura tecnica di cui egli vuol servirsi nel processo, non mi pare che distrugga l'importanza fondamentale del suddetto carattere: anche in questo caso, infatti, non è escluso che in seguito possa trovarsi altra persona fornita della cultura richiesta e idonea quindi a surrogare il primo perito (la fungibilità permane dunque, potenzialmente, o, come dice HEGLER, scritto cit., pag. 255 nota 216, *concettualmente*), mentre nel caso della testimonianza le persone capaci di deporre sulla verità di un fatto sono quelle che si sono trovate in una certa relazione storica con questo fatto, nè è possibile, dopochè il fatto è avvenuto, che possano altre persone mediante una preparazione culturale mettersi in quella relazione in cui non si sono trovate. Tanto è vero che, mentre si ammette la testimonianza a futura memoria per evitare il pericolo « che sia per mancare uno o più testimoni » (articolo 251 Cod. proc. civ.) non è pensabile, neppure *in iure condendo*, una perizia a futura memoria basata sul timore che stia per mancare l'unica persona idonea a far da perito! Si noti d'altra parte che, se, con HEGLER, la distinzione tra perito e testimone si pone nella speciale relazione storica col fatto narrato, in cui si trova il testimone ma non il perito (HEGLER, scritto cit., pag. 247 e segg.; CARNELUTTI, *Prova civile*, pag. 150), colui che vien chiamato dal giudice a dar chiarimenti su un fatto notorio è perito, non testimone, perchè la conoscenza che egli ha di quel fatto non gli deriva da una speciale relazione in cui si trovi con questo, ma dalla sua appartenenza a quella cerchia sociale, nella cui cultura rientra la conoscenza di quel fatto.

spiega perchè, accanto al dovere di testimoniare, non esiste il dovere di assumer l'ufficio di perito nel processo civile) (46) — colui che è chiamato in giudizio a dar chiarimenti sulla notorietà di un fatto assume ufficio di perito e non di testimone, perchè ha, di fronte alla conoscenza del fatto notorio, quel carattere di fungibilità, che il testimone, chiamato a deporre sul resultato della sua personale percezione, non può mai avere (*retro*, n. 9 lett. *c*).

Anche qui credo che la intuizione prima del ragionamento possa esserci valida guida: penso che nella pratica nessun giudice si sentirebbe disposto a condannare per rifiuto di testimonianza un professore di geografia che, chiamato in giudizio a dar notizia di un fatto noto a tutti i geografi, avesse declinato l'incarico, consigliando l'autorità giudiziaria di rivolgersi per tale informazione a qualcuno dei suoi colleghi!

In tutto questo io trovo una nuova giustificazione razionale della regola « *notoria non egent probatione* ». Il divieto al giudice di utilizzare in giudizio la sua scienza privata si basa, come si è visto, sulla incompatibilità psicologica tra l'ufficio del giudice e quello del testimone. Ma, se il riferire in giudizio sui fatti notorî è ufficio di perito e non di testimone, non c'è da temere che quando il giudice utilizza la propria scienza privata su questi fatti, venga con ciò a cumulare colla sua funzione di giudice quella, incompatibile con essa, di testimone; l'utilizzazione della scienza privata del giudice nel campo dei fatti notorî — come in quello delle massime di esperienza — può portare soltanto a un *cumulo tra funzione di giudice e funzione di perito*, che è normale nella massima parte dei giudizî e che non dà luogo a incompatibilità di sorta.

11. — La formula da me proposta per definire il concetto di notorietà trova, s'io non m'inganno, una eloquente conferma della sua bontà nel confronto coi casi della pratica giudiziaria, che per saggiare le formule teoriche sono la miglior pietra di paragone. La chiave di quella formula è data dalla equivalenza: « notorietà = appartenenza alla cultura normale di un determinato gruppo sociale ». Questo richiamo all'idea di cultura (intesa questa parola in quel senso latissimo che già dichiarai: *retro*, n. 8) ci dice che, per aversi quella notorietà che in giudizio equivale alla prova, non basta la momentanea diffusione pubblica della notizia di un fatto in vista delle conseguenze giudiziali che da esso possono derivare (come accade, ad esempio, per le voci correnti intorno all'autore di un reato), ma occorre che sulla verità del

(46) Chiovenda, *Principii*, pag. 385; Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, n. 42; Hegler, scritto cit., pag. 279.

fatto si sia preventivamente affermata, in relazione ad altre finalità che possiamo denominare, *latissimo sensu*, culturali, una opinione comune, formatasi non in quell'atmosfera inquinata da partigianerie e spesso arroventata di passioni che si addensa sempre intorno ai fatti quando si considerano come possibile materia di una lite o di un dibattimento penale, ma in quell'ambiente sereno e disinteressato in cui ogni gruppo sociale vaglia e depura da influssi partigiani le verità di cui tutti possono servirsi nell'interesse comune.

Questo riferimento della notorietà al concetto di cultura spiega perchè nel secondo dei due esempi dati sopra (n. 6) il fatto della ingiuria pubblicamente inferta non possa considerarsi notorio, in quel senso in cui nel primo esempio deve invece considerarsi notorio il fatto della cessazione della guerra italo-austriaca. Analoga distinzione tra la vera e propria notorietà, stabilitasi prima del processo per ragioni di cultura, e le semplici voci correnti in pubblico sui fatti controversi, la cui verità non è controllata da nessun interesse culturale, è fatta, inconsapevolmente ma esattamente, dalla giurisprudenza: la quale, mentre a ragione si rifiuta di prendere in considerazione, in luogo della prova, la pretesa notorietà del domicilio all'estero (Cass. Torino, 20 maggio 1869, in *Giur. tor.*, VI, 514); o dell'esercizio abusivo di meretricio (App. Milano, 23 dic. 1896, in *Mon. trib.*, 1897, 473); o della esecuzione da parte di un Comune di certe clausole di un appalto (Cass. Torino, 28 marzo 1889, in *Legge*, 1889, II, 485); o della impotenza di un supposto padre conosciuta per voce pubblica (App. Torino 21 marzo 1887, in *Giur. tor.*, 1887, 352), si appaga costantemente della notorietà in senso proprio quando si tratta di ritenere come veri senza bisogno di prova i fatti « che entrano nel comune patrimonio delle cognizioni »: quali potrebbero essere il notorio rialzo dei prezzi (App. Catania, 21 marzo 1921, in *Giur. cat.*, 1921, 20); il notorio disservizio portuale o ferroviario derivante dallo stato di guerra (App. Venezia, 11 luglio 1916, in *Foro ven.*, 1917, 120); l'orientazione pubblicamente conosciuta di un edificio monumentale in una città (47); e in generale i fatti storici concordemente narrati (Trib. Messina 10 marzo 1911, in *Temi mess.*, 1911, 332). E la rassegna potrebbe continuare, dimostrando ancora una volta la squisita sensibilità con cui i giudici intuiscono la profonda ragione d'essere delle regole che molte volte non hanno tempo di formulare.

---

(47) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1029, nota 1.

VIII

QUESTIONI IN TEMA DI NOTIFICAZIONE ESEGUITA DA COMMESSO (*)

Plaudiamo *toto corde* alle massime affermate in queste due sentenze, le quali, dovendo interpretare sotto diversi aspetti pratici quelle disposizioni (recentemente raccolte nel t. u. 28 dic. 1924, n. 2271 sullo ordinamento del personale degli ufficiali giudiziari) che permettono agli ufficiali giudiziari di far eseguire le notificazioni da commessi autorizzati, si sono inspirate ambedue al sanissimo intendimento di voler rispettata la forma, finchè questa è sicura garanzia di giustizia, ma di non indulgere alle degenerazioni di un gretto e insidioso formalismo, il quale tenderebbe in materia processuale a moltiplicare le nullità a tutto vantaggio dei litiganti di mala fede.

Che l'atto di citazione sia nullo quando la copia notificata al convenuto dal commesso non porti il visto e la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario, è indubitabile, difronte al disposto dell'art. 87 del decr.

(*) Pubblicato in « Il Foro Toscano », a. I (1926), pp. 7-8, in nota alle sentenze: Corte di Appello di Firenze, 19 agosto 1925, Sostegni c. Mazzuoli, e Tribunale di Firenze, 12 dicembre 1924, Fantacci c. Credito Toscano. Riportiamo le massime: I « Per la validità della notificazione eseguita dal commesso dell'ufficiale giudiziario a norma dell'art. 42 del r. decr. 19 ottobre 1922, n. 1473 (art. 87 r. decr. 28 dic. 1924, n. 2271) basta che la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario sia apposta, così sull'originale come sulla copia dell'atto di citazione, in tempo anteriore a quello in cui la notificazione viene eseguita; nè dà luogo a nullità il fatto che tale sottoscrizione venga apposta lasciando in bianco l'intervallo di alcune righe, in modo che la relazione di notifica, scritta in questo intervallo dal commesso, appaia poi collocata superiormente alla sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario. La sottoscrizione dell'uff. giud. è validamente apposta anche se non è espressamente preceduta dalla parola « visto ». La mancanza sull'originale dell'atto di citazione di una seconda firma dell'ufficiale giudiziario dopo la relazione di notificazione scritta dal commesso, non importa nullità dell'atto e non può dar luogo che a sanzioni disciplinari »; II « Anche le notificazioni che devono esser fatte personalmente al contumace da ufficiale giudiziario appositamente destinato a norma dell'art. 385 cod. proc. civ., sono validamente eseguite dal commesso dell'ufficiale giudiziario nelle forme stabilite dalla l. 19 marzo 1911, n. 201 e successive ». [*Bibliografia*, n. 131].

28 dic. 1924 surricordato, messo in relazione cogli art. 135 e 145, n. 1 del cod. proc. civ.: e la giustificazione razionale di tale nullità si trova facilmente, quando si pensi che, in base alle disposizioni vigenti in materia, alla sottoscrizione del commesso è attribuita soltanto la funzione di certificare la consegna, mentre la funzione di autenticare il contenuto dell'atto è riservato alla sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario, in mancanza della quale l'atto notificato dal commesso *non è una citazione* (cfr. la sentenza della stessa corte d'appello di Firenze, 14 giugno 1824, est. Petroncelli, riportata nella *Riv. dir. proc.*, 1925, II, pag. 116 e segg. con una mia nota di adesione).

Ma quando la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario c'è, ed è stata apposta sull'originale e sulla copia in tempo antecedente a quello in cui il commesso ha poi eseguito la notificazione, l'andare a caccia di nullità solo perchè questa sottoscrizione è stata apposta tre righe più giù o tre righe più su, o perchè non è preceduta dalla parola « visto », sarebbe ozioso bizantinismo, che le due sentenze surriportate hanno fatto benissimo a non prender sul serio. L'essenziale è che quando il commesso notifica l'atto, abbia in mano nell'originale e nella citazione, un atto che sia veramente una citazione autentica; per questo basta l'esistenza sull'atto della sottoscrizione autenticatrice dell'ufficiale giudiziario. Chieder di più, misurare col compasso la collocazione della sottoscrizione sul foglio, esigere che l'ufficiale giudiziario prima di firmare scriva la parola sacramentale « visto », come se fosse possibile firmare senza vedere, tutto questo vorrebbe dire tornare al tempo in cui si perdeva la causa per aver detto *vites* invece di *arbores* o in cui la sentenza era nulla perchè il giudice, al momento di pronunciarla, si era dimenticato di assidersi solennemente sul suo seggiolone!

Tutto questo vale, a maggior ragione, per la questione risolta dalla seconda sentenza. Tutti sanno che la disposizione dell'art. 385 cod. proc. civ., che esige a pena di nullità la destinazione nominativa di un ufficiale giudiziario per le notificazioni al contumace, è nella pratica un inutile ingombro, buono soltanto a dare esca ai cavilli; ma forse non tutti sanno che questa disposizione che nella nostra legislazione non ha più significato, risale ai provvedimenti presi, molti secoli fa, dai re francesi per garantire i contumaci contro le frodi degli uscieri, che simulavano le notificazioni, il che dicevasi *souffler une copie* (cfr. Chiovenda, *Saggi*, pagg. 265 e 279; *Principii*, pag. 758, nota 3). Da allora, quantunque l'uso di *souffler les copies* sia, a lode degli ufficiali giudiziari d'oggidì, tramontato da un pezzo, quella disposizione si è trasmessa per forza di inerzia di ordinanza in ordinanza e di codice in codice, fino a stagnare, e speriamo per morirvi, nell'art. 385 del codice attuale: simile a quella famosa sentinella di non so qual parco imperiale, che, messa un giorno accanto a una panchina verniciata di fresco per avver-

tir l'imperatore di non sedervisi, vi restò per qualche decennio senza che nessuno pensasse a toglierla! Ora, se questa è la natura dell'articolo 385, sentinella dimenticata contro un pericolo che non esiste più, non mi pare davvero che la giurisprudenza farebbe opera saggia se s'adoprasse a rendere anche più rigorosa coll'aggiunta di altre nullità la inutile formalità che esso dispone. D'altra parte questo articolo, anche se gli si vuol trovare un senso, mira a fissare, nei casi di contumacia, un ufficiale giudiziario personalmente responsabile della notificazione: tale personale responsabilità dell'ufficiale giudiziario non è punto esclusa dal fatto che la notificazione avvenga per mezzo del commesso, giacchè, il commesso, per espressa disposizione della legge (art. 85 t. u. 28 dic. 1924, n. 2271) agisce sempre sotto la personale responsabilità dell'ufficiale giudiziario che di esso si avvale.

IX

SE LA SEZIONE ADITA SENZA PREVIA DESIGNAZIONE PRESIDENZIALE POSSA D'UFFICIO DECLINARE LA COGNIZIONE DELLA CAUSA (*).

Siamo lieti di pubblicare questa pregevole sentenza del Tribunale di Firenze, perchè pone e risolve — sia pure in senso che ci lascia alquanto dubbiosi — una questione priva, a nostra scienza, di precisi precedenti.

Una questione che ha molti punti di contatto con quella qui decisa è stata ripetutamente affrontata, come la stessa sentenza ricorda, dalla giurisprudenza e dalla dottrina: se, cioè, essendo stata assegnata una causa, in seguito a nuova iscrizione a ruolo in continuazione di giudizio, a una sezione diversa da quella che ne conobbe in precedenza — contrariamente al disposto dell'art. 213 reg. gen. giud. — possano le parti chiedere il rinvio alla sezione anteriormente adita, o, nel silenzio delle parti, possa la sezione adita posteriormente declinare d'ufficio la cognizione della causa. Si è discusso altresì, qualora la sezione posteriormente investita, in contravvenzione all'art. 213, non abbia declinato d'ufficio la cognizione della causa, se la sentenza da essa emanata sia viziata da nullità. Su queste questioni cfr. in vario senso Cass. Napoli, 4 agosto 1908 in *Foro it.*, 1908; Cass. Roma, 5 nov. 1906 in *Foro it.*, 1906; Cass. Napoli, 26 dic. 1924 in *Giur. it.*, 1904, I, 1315; MORTARA, *Comm.*, vol. III, n. 336; CHIOVENDA, *Principi*, 3ª ed., pag. 409 e seguenti; FERRARA L., *Sulla così detta competenza per impossessamento* in *Saggi di dir. proc. civ.*, Napoli, 1914, pag. 131 e seguenti.

La sentenza del Tribunale di Firenze, sopra riportata, si è trovata dinanzi a una diversa ipotesi di fatto: non si trattava, qui, di variazione di sezione avvenuta nel corso del giudizio contro il disposto dell'art. 213,

---

(*) Pubblicato in « Il Foro Toscano », a. I (1926), pp. 60-61, in nota alla sentenza del Tribunale di Firenze, 10 dicembre 1924, Giannini c. Paolini, così massimata: « Nei collegi giudiziari divisi in due o più sezioni aventi uguale potestà giurisdizionale la mancata designazione presidenziale della sezione che dovrà giudicare dev'essere rilevata — nel silenzio del convenuto — dalla sezione avanti alla quale fu dall'attore irregolarmente portata la causa ». [*Bibliografia*, n. 132].

ma di iscrizione a ruolo fatta fin dall'inizio del processo dinanzi ad una sezione scelta dall'attore senza aver prima provocato da parte del presidente quel provvedimento di destinazione della causa a una sezione, che è previsto dagli art. 210 e 211 dello stesso reg. gen. giudiziario. Il Tribunale di Firenze ha ritenuto che in una ipotesi simile l'intero rapporto processuale sia nullo, e che la nullità sia, nel silenzio delle parti, rilevabile d'ufficio; sopra tutto per la considerazione che il potere di scegliere fra le varie sezioni di un organo giudiziario quella che dev'esser concretamente investita di una causa, è stabilito per il buon andamento del servizio (art. 211: equa ripartizione degli affari tra le sezioni) e non può quindi essere in nessun caso esercitato dalle parti.

Le considerazioni che hanno portato il Tribunale a decidere in tal senso non ci persuadono interamente. Per arrivare a spogliarsi della cognizione sul merito, il Tribunale non poteva in questo caso fondarsi che su uno di questi due motivi: o sulla incompetenza, o sulla nullità del processo. Di incompetenza rilevabile d'ufficio, non mi pare che in questo caso si potesse parlare: sia perchè, come ha dimostrato in modo forse definitivo il Chiovenda (l. c.), il potere che ha una sezione di conoscere di una causa in seguito ad assegnazione fatta dal presidente non ha niente a che vedere colla vera e propria competenza « che è potere di conoscere una causa, spettante a un tribunale *anche prima che la causa sorga* »; sia perchè, se il potere spettante a una sezione in seguito a designazione presidenziale si potesse assimilare in qualche modo alla competenza, si dovrebbe caso mai considerarlo come un caso di competenza *relativa*, non essendovi tra le attribuzioni di due sezioni di uno stesso tribunale quelle diversità oggettive e funzionali, sulle quali si fondano le regole della competenza per valore, per materia e per grado, e che giustificano in tali casi la rilevabilità d'ufficio della incompetenza (art. 187 cod. proc. civ.). Di nullità del rapporto processuale neppure potevasi parlare nel nostro caso: la formalità stabilita dagli art. 210 e 211 reg. gen. giudiziario non è sanzionata da alcuna comminatoria di nullità, nè tanto meno si trova disposto, in questi articoli che tale nullità debba essere dichiarata d'ufficio.

Si consideri, d'altra parte, che nel caso di cambiamento di sezione in corso di lite, avvenuto in contravvenzione all'art. 213, si ha una violazione di quel principio della identicità fisica del giudice fino alla sentenza definitiva, al quale la nostra legge, giustamente considerandolo come essenziale garanzia di giustizia, cerca di mantenersi più che è possibile fedele: sicchè può essere praticamente utile in tal caso dichiarare la nullità della sentenza resa da sezione diversa da quella anteriormente adita, per riportare la lite dinanzi alla sezione che, avendo cominciato a conoscere fin dall'inizio, è in grado di giudicarla

con probabilità di decisione corretta. Ma nel nostro caso nessun pericolo deriva alla corretta decisione della causa dal fatto che la iniziale iscrizione a ruolo non sia stata preceduta da assegnazione presidenziale: sicchè il dichiarar la nullità del procedimento per questo solo motivo significa soltanto produrre un raddoppiamento di spese e uno spreco di energie giudiziarie, che non pare, neanche praticamente, conciliabile col fine del « miglior andamento del servizio ».

X

CONNESSIONE ED ACCESSORIETÀ (*)

Le prime due massime e la quarta stabilite da questa interessante sentenza mi sembrano esatte. Dubito soltanto se sia da approvarsi la terza massima, che considera come un rapporto di accessorietà quello che passa tra le due domande proposte dall'attore De' Negri contro la ditta Bemporad, domiciliata a Firenze e contro la ditta Mondadori, domiciliata a Milano, e definisce la prima come domanda principale e continente, e la seconda come domanda accessoria e contenuta.

Dai brevi accenni di fatto riferiti nella sentenza sembra potersi desumere che il prof. De' Negri, autore dell'antologia « La lettura », avesse ceduto la proprietà letteraria della medesima alla ditta Bemporad, la quale nel contratto di edizione si era assunta esplicitamente o implicitamente (cfr. De Gregorio, *Contratto di edizione,* n. 92) l'obbligo di tutelar l'opera da essa edita contro le eventuali contraffazioni, nello

---

(*) Pubblicato in « Il Foro Toscano », a. I (1926), pp. 313-314, in nota ad una sentenza del Tribunale di Firenze, così massimata: « L'azione con cui l'autore di un'opera letteraria (antologia) chiede il risarcimento dei danni per contraffazione all'editore dell'opera contraffatta non può considerarsi connessa, agli effetti dell'art. 98 cod. proc. civ., coll'azione con cui lo stesso autore chiede il risarcimento dei danni all'editore dell'opera propria, incolpandolo di esser restato inattivo di fronte alla contraffazione (*prima massima*). Queste due azioni non sono infatti connesse per il titolo, perchè, mentre la prima ha per titolo il fatto illecito della contraffazione, la seconda ha per titolo la inadempienza al contratto di edizione; nè per l'oggetto della domanda, perchè, quando due domande mirano ugualmente a un generico risarcimento di danni, questo oggetto apparentemente identico varia in realtà col variar del titolo su cui si basa (*seconda massima*). La seconda di dette due azioni si trova colla prima in rapporto di accessorietà, in modo che, in applicazione dell'art. 99 cod. proc. civ., essa dovrà esser proposta nel foro competente per la prima e non viceversa (*terza massima*). L'art. 98 non si applica a due azioni che si trovino fra loro in rapporto di continenza o di accessorietà; nè può l'attore, iniziando a bella posta il giudizio nel foro competente per l'azione accessoria, servirsi di questo espediente per sottrarre l'azione principale al foro che sarebbe competente per essa (*quarta massima*) ». [*Bibliografia,* n. 135].

interesse proprio e nell'interesse anche patrimoniale dell'autore, al quale il contratto riservava una percentuale sul prezzo di copertina delle copie cedute. Pubblicata da altra casa editrice (Mondadori) un'antologia che, secondo l'avviso del prof. De Negri era una contraffazione della antologia compilata da lui, la ditta Bemporad avrebbe dovuto agire contro la ditta contraffattrice dinanzi al foro competente in base all'art. 90 cod. proc. civ. (Milano). Ma, essendo restata inerte la ditta Bemporad, quale via poteva seguire l'autore per ottener la tutela dell'opera propria contro la pretesa contraffazione? Le vie pensabili mi sembrano tre: *a*) l'autore avrebbe potuto limitarsi ad agire contro la ditta Bemporad per inadempienza all'obbligo nascente dal contratto di edizione, e avrebbe dovuto adire in questo caso il Trib. di Firenze, foro del domicilio della ditta Bemporad; *b*) oppure avrebbe potuto agire contro la ditta Mondadori *ex iuribus* della ditta Bemporad, in base all'art. 1234 cod. civile, e avrebbe dovuto adire in questo caso il Trib. di Milano, *forum domicilii* della ditta Mondadori; *c*) o finalmente avrebbe potuto agire contro la ditta Mondadori *iure proprio,* non come creditore della ditta Bemporad in surrogazione della medesima, ma come autore danneggiato moralmente e materialmente dal fatto illecito della contraffazione e anche in questa ipotesi la domanda avrebbe dovuto esser proposta a Milano.

Di queste tre vie pare che il De Negri abbia voluto esperimentare in un unico giudizio la prima e la terza, proponendo contemporaneamente l'azione per inadempienza contrattuale contro la ditta Bemporad e l'azione *ex delicto* contro la ditta Mondadori; e ha creduto di poterle proporre entrambe a Firenze, considerandole connesse in base all'art. 98. Ma se queste due azioni non si possono tra loro considerar connesse agli effetti dell'art. 98 per le ragioni messe in luce dalla sentenza annotata, neppure ci sembra che esse possano considerarsi unite da un vincolo di accessorietà o di continenza, quando è noto che la accessorietà e la continenza costituiscono casi di connessione per così dire *qualificata* o *aggravata.* Negata la connessione è *a fortiori* negata la continenza: come, negato in genere tra due persone qualsiasi vincolo di parentela, è negato che esista fra loro quel più stretto vincolo che passa tra padre e figlio. In realtà le due azioni su cui il Tribunale di Firenze era chiamato a decidere non erano tra loro vincolate nè da un rapporto di semplice connessione nè da un più stretto legame di continenza o di accessorietà: esse erano due azioni indipendenti, separate e distinte in ogni loro elemento, che dovevano essere portate ciascuna al proprio foro. Sicchè, se l'attore De Negri invece di portarle entrambe a Firenze (foro della ditta Bemporad), avesse creduto di poterle riunire dinanzi al tribunale di Milano (foro della ditta Mondadori), la ditta Bemporad avrebbe

potuto sollevare per sè la eccezione di incompetenza del tribunale di Milano, come bene l'ha sollevata per il tribunale di Firenze la ditta Mondadori.

Sotto un solo profilo avrebbe potuto un tempo l'azione contro la Mondadori esser attratta dinanzi al foro di Firenze: quando cioè il De Negri si fosse limitato a proporre la sua domanda *ex contractu* contro la ditta Bemporad dinanzi al tr. di Firenze, chiedendo il risarcimento dei danni derivatigli della mancata azione giudiziaria di questa contro la ditta contraffattrice; e la ditta Bemporad avesse a sua volta chiamata la ditta Mondadori in rilevazione dinanzi allo stesso Tribunale di Firenze, per riversare su di essa le conseguenze della propria eventuale soccombenza in giudizio verso l'attore De Negri. Ma, trattandosi evidentemente di un caso di garantia *impropria*, alla quale a ragione la suprema Corte ritiene oggi inapplicabile l'istituto della chiamata in garantia, neppure questo espediente poteva servire al De Negri — almeno finchè la giurisprudenza segue l'avviso oggi prevalente — per cumular le due cause dinanzi a un solo tribunale.

Non è inutile poi rilevare come i tribunali si dimostrino giustamente rigorosi nell'escludere la applicabilità delle norme di competenza stabilite per le cause connesse tutte le volte in cui si possa dalle circostanze di fatto sospettare che l'attore si sia messo d'accordo con uno dei convenuti per creare ad arte un *forum connexitatis* e sottrarre l'altro convenuto al suo foro ordinario. Ripetutamente, anche in tema di chiamata in garantia, la giurisprudenza ha confermato la massima che la deroga alla competenza ordinaria per connessione non ha luogo quando risulti che la apparente causa principale sia stata iniziata simulatamente al solo scopo di sottrarre il garante al proprio foro (cfr. CALAMANDREI, *La chiamata in garantia*, n. 111, 137, 140); LIPARI, *Il dolo processuale* (Palermo, 1926, pag. 44).

XI

IN TEMA DI: *A*) COMPETENZA PER VALORE; *B*) NOTIFICAZIONE AL CONTUMACE DELL'ORDINANZA CHE FISSA IL GIORNO PER L'INTERROGATORIO; *C*) CERTIFICATI MEDICI COME MEZZI DI PROVA (*)

a) Soluzione perfettamente esatta. L'art. 3 della legge 15 settembre 1922 ha consacrato in forma generale il principio, da tempo vigente in legislazioni straniere e timidamente accennato anche in qualche articolo del nostro codice (per es. negli art. 101 e 102), che la competenza per valore ha carattere assoluto e inderogabile per

---

(*) Rapide note alle sentenze: Corte d'Appello di Firenze, 2 marzo 1926, Bechelli c. Cambi, e Corte d'Appello di Firenze, 13 marzo 1926, Bufalini c. Cavacchioli, pubblicate in « Il Foro Toscano », a. I (1926), pp. 352-353. Le tre note, che si ripubblicano di seguito *sub a, b,* e *c,* si riferiscono rispettivamente: *a*) alla prima massima della prima sentenza; *b*) alla seconda e terza massima della prima sentenza ed alle due massime della seconda sentenza; *c*) alla quarta massima della prima sentenza. Riportiamo qui le massime. *1ª sentenza*: « Secondo l'art. 3 della legge 15 settembre 1922, n. 1287 la eccezione di incompetenza per valore per il motivo che l'azione fosse di competenza di un magistrato inferiore, non si può sollevare per la prima volta in appello, neanche se l'appellante sia restato contumace in primo grado (*prima massima*). La istanza per ottenere la fissazione del giorno per l'interrogatorio e la ordinanza del giudice delegato che fissa tale giorno sono validamente notificate al contumace mediante affissione, in conformità del primo capoverso dell'art. 385 cod. proc. civ. (*seconda massima*). Anche la citazione riassuntiva del giudizio dopo la mancata risposta all'interrogatorio del convenuto contumace è validamente notificata mediante affissione, in conformità dell'art. 13 della legge 31 marzo 1901, n. 107 (*terza massima*). Nella specie non si può considerare come mezzo probatorio sufficiente un certificato medico, con cui si attesta che nel giorno dell'interrogatorio il convenuto non comparso era malato (*quarta massima*) ». *2ª sentenza*: « La citazione con la quale una parte invita l'avversario contumace avanti al giudice delegato per sentir stabilire il giorno per l'interrogatorio non è validamente notificata mediante affissione (*prima massima*). Neppure può validamente notificarsi per affissione la ordinanza del giudice delegato che fissa tale giorno, perché questa ordinanza, destinata a completare il dispositivo della sentenza che ha ammesso l'interrogatorio, non ha carattere istruttorio (*seconda massima*) ». [*Bibliografia,* n. 136].

quanto attiene al limite massimo stabilito per ciascun magistrato, mentre ha carattere relativo e derogabile, per quanto attiene al limite minimo (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 487). Tutte le volte in cui, sulla concordia delle parti, un giudice è investito di una controversia che per valore sarebbe di competenza di un giudice inferiore, questa deroga alla competenza non presenta quei pericoli concernenti l'ordine pubblico che si produrrebbero se avvenisse il caso inverso. Se ad esempio le parti d'accordo portano alla decisione di un Conciliatore una controversia di valore superiore alle L. 400, la legge non può tollerare che la concordia delle parti basti a render competente il giudice adito su una causa che eccede il limite massimo di valore, oltre il quale il Conciliatore è considerato oggettivamente inidoneo a render giustizia; ma se le parti d'accordo portano alla decisione del Pretore una controversia che rientrerebbe nei limiti di valore del Conciliatore, non c'è da temere che il Pretore, considerato idoneo a decider le cause fino al limite massimo di L. 5.000, sia oggettivamente inidoneo a render giustizia in una causa di valore inferiore alle L. 400. Senza bisogno di tante sottigliezze giuridiche, basta il buon senso popolare ad avvertirci che nel più c'entra il meno!

b) Ecco, sulla vessata interpretazione dell'articolo 385 cod. proc. civ. in relazione alla esecuzione di una prova ammessa in contumacia del convenuto, due sentenze della nostra Corte che, a distanza di pochi giorni, proclamano due massime tra loro assolutamente opposte e contraddittorie. Non spingeremo il senso di rispettoso ossequio che professiamo in genere per la magistratura ed in ispecie per la nostra Corte d'Appello fino al punto di quell'avvocato che, accingendosi in una sua arringa a trattare una di quelle vessate questioni di diritto che ogni tanto, quando più sembra consolidata la giurisprudenza, rinascono dalle proprie ceneri, premise questo rispettoso avvertimento: « La questione che ho l'onore di discutere dinanzi a Voi, fu decisa due volte da questa Corte Ecc.ma: una volta in un senso, e un'altra volta nel senso perfettamente contrario; *e sempre benissimo!* ». Con tutto l'ossequio per la Corte di Firenze, ci schieriamo senza esitazioni per la soluzione accolta dalla prima sentenza: non soltanto per i motivi strettamente esegetici che in essa sono efficacemente richiamati, ma anche perchè ci sembra che i patroni dovrebbero ormai essi stessi sentir la nausea di attaccarsi in ogni giudizio a queste pretese nullità processuali che sembrano escogitate apposta per ritardare il corso della giustizia, e perchè abbiamo sempre condannato lo spirito di indulgenza e di pietà con cui certa giurisprudenza considera i contumaci, quando è noto che novantanove volte su cento la contumacia è un espediente procedurale adottato a bella posta da chi sa di aver torto nel merito.

Senza rientrare a discutere la questione della interpretazione da darsi al capoverso primo dell'art. 385, ci limitiamo a rilevare che queste due sentenze contraddittorie della stessa Corte sembrerebbero dar ragione agli scettici che, anche dopo la unificazione della Corte di Cassazione, non credono alla possibilità di raggiunger la unificazione della giurisprudenza. In verità discordanze tipiche come quella qui registrata tra due sentenze di una stessa Corte d'appello emesse a distanza di dieci giorni l'una dall'altra, sono argomenti di gran peso a favore di chi reputa l'unificazione della giurisprudenza una utopia; noi tuttavia, utopisti a oltranza, non ci spaventiamo di fronte a queste inevitabili disformità, che hanno carattere transitorio e patologico, e riteniamo che verso l'ideale della uniformità della giurisprudenza ci si debba sempre meglio avvicinare, quando nella nuova legislazione si saranno introdotte cautele volte a favorire il formarsi di una prassi uniforme nell'ambito dei singoli organi divisi in sezioni, e quando sopratutto i magistrati si saranno sempre meglio penetrati di questa grande verità: che, specialmente in materia processuale, una interpretazione costante è preferibile a una interpretazione scientificamente più corretta; e che non serve alla causa della giustizia quel magistrato che — per la smania di sfoggiar il proprio acume critico — non esita a rinnegare a spese dei litiganti una giurisprudenza ormai consolidata.

c) Plaudiamo *toto corde* a questa decisione di specie. Di certificati medici si fa un grande abuso, nel processo e fuori del processo: e tutti sanno che essi devono esser considerati più che come un omaggio fatto dal medico alla verità, come un favore fatto dal medico al proprio cliente.

Nel processo, poi, il certificato medico non si inquadra nei mezzi di prova ammessi dalla legge. Il medico non è un pubblico ufficiale che possa rilasciare sulla salute dei propri clienti attestazioni facenti fede fino a querela di falso, e il suo certificato non ha dunque l'efficacia probatoria di un atto pubblico. Come testimonianza scritta, il certificato medico non ha nessun valore, perchè l'efficacia probatoria della testimonianza è condizionata all'osservanza delle forme stabilite dal codice di procedura per il giuramento e la deposizione dei testimoni. A voler esser larghi, si può soltanto da un certificato medico trarre una presunzione; ma a tale presunzione non si può dare alcun peso, quando nella tattica defensionale di colui che eccepisce l'impedimento causato da malattia vi siano altre difese che smentiscono la serietà della prima eccezione. Come pare che fosse avvenuto qui; dove il contumace non comparso, mentre da una parte sosteneva che nel giorno dell'interrogatorio era ammalato, dall'altra sosteneva di non esser comparso a rispondere a causa delle irregolari notificazioni.

Simile, in questa sua tattica contradditoria, a quel celebre oste tedesco che, chiamato in giudizio per il pagamento di un caratello di birra da lui ordinato e ricevuto, oppose queste tre eccezioni: « 1) Non ho mai ordinato la birra di cui mi chiedete il pagamento; 2) La birra che vi ordinai non l'ho mai ricevuta; 3) La birra che ricevei era di qualità diversa da quella ordinata! ».

XII

NULLITÀ DELL'ATTO DI CITAZIONE PER ILLEGGIBILITÀ DELLA FIRMA DELL'UFFICIALE GIUDIZIARIO (*)

Siamo sistematicamente nemici di quel formalismo processuale, che tende a moltiplicar le nullità e le decadenze non volute dal legislatore e a trasformare il giudizio in una specie di campo minato nel quale si rischia ad ogni passo di intoppare in qualche imprevedibile tranello di procedura; ma crediamo anche che i giudici abbiano in mano, per ostacolare questa tendenza morbosa di patrocinatori poco scrupolosi, un rimedio eccellente, che è quello di far rispettar sempre, con assoluto rigore, le forme chiaramente volute dal legislatore, e di pronunciare sempre, senza lasciarsi impietosire da considerazioni di merito, la nullità degli atti in cui queste forme siano state violate.

(*) Pubblicato in « Il Foro Toscano », a. I (1926) pp. 367-368, in nota alla sentenza del Tribunale di Firenze, 15 luglio 1926, Ferrara c. Masieri, così massimata: « Il requisito della sottoscrizione dell'atto di citazione da parte dell'ufficiale giudiziario, che gli artt. 135 e 145 cod. proc. civ. stabiliscono a pena di nullità, può dirsi adempiuto solamente quando l'ufficiale giudiziario abbia apposto all'atto di citazione la sua firma autografa, composta del nome e cognome per esteso, e chiaramente intelligibile. E' nullo l'atto di citazione in cui l'ufficiale giudiziario abbia apposto, invece della sottoscrizione autografa, una stampigliatura mediante timbro ad umido del suo nome e cognome, seguita da uno sgorbio manoscritto illeggibile, o anche dalle sue iniziali autografe. E' nullo l'atto di citazione notificato dal commesso senza il precedente visto sottoscritto dell'ufficiale giudiziario prescritto dall'art. 87 del r. decr. 28 dicembre 1924, n. 2271; è nullo di conseguenza, per i principî sopra enunciati, l'atto di citazione notificato dal commesso, quando il visto dell'ufficiale giudiziario sia seguito, anzichè da sottoscrizione completa ed autografa, da stampigliatura del nome e cognome fatta mediante timbro e seguita da una semplice sigla autografa. E' nullo l'atto di citazione notificato dal commesso, quando, nella copia che viene rilasciata al convenuto, manchi la indicazione del nome e cognome del commesso, prescritta dall'art. 87 surricordata, o quando la sottoscrizione del commesso sia indecifrabile. La nullità dell'atto di citazione si desume dalla copia consegnata al citato. Nei casi suesposti si applica a carico dell'ufficiale giudiziario la disposizione dell'art. 59 cod. proc. civ., con riserva alla parte dell'azione per risarcimento del danno anche per quanto si riferisce all'opera del commesso (art. 85 r. decr. 28 dicembre 1924, n. 2271). [*Bibliografia*, n. 137].

Così col render serie ed inesorabili le comminatorie di nullità espressamente poste dalla legge, si screditeranno e si elimineranno tutti gli altri formalismi, escogitati, nel silenzio della legge, dalla fantasia degli interpreti.

Riteniamo perciò che la decisione surriferita sia antiformalistica per eccellenza: poichè essa, anzichè ad introdurre per via di interpretazione una nuova nullità processuale non chiaramente voluta dal legislatore, mira a render seria ed efficace quella comminatoria di nullità che l'art. 145 cod. proc. civ. stabilisce per il caso in cui l'atto di citazione non porti la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario. Il carattere essenziale di questa sottoscrizione, nonchè della sottoscrizione del commesso nel caso in cui la notificazione avvenga per suo mezzo (art. 87 r. decr. 28 dicembre 1924, n. 2271), fu già posto egregiamente in luce in una sentenza della nostra Corte d'Appello (est. Tommasini) pubblicata in questo *Foro,* I, pag. 11; la sentenza qui annotata, partendo dalla conferma di tale essenzialità della sottoscrizione, vi aggiunge questo principio secondo noi correttissimo: che la sottoscrizione, per soddisfare il requisito dell'art. 135, dev'essere autografa, composta del nome e cognome scritti per intero, e chiaramente intelligibile.

Sulla necessità che la sottoscrizione, per produrre le conseguenze giuridiche che da essa la legge fa dipendere, debba essere manoscritta ed autografa, non ci sembra che possano nascer dubbî: tutte le volte in cui la sottoscrizione è richiesta come requisito di validità di un atto, nel campo del diritto pubblico o del diritto privato, essa è richiesta come mezzo per identificare la individualità del dichiarante, come segno attraverso il quale la dichiarazione contenuta nello atto si ricollega senza possibilità di equivoco alla volontà di una determinata persona, attestando che proprio essa, e non altri a suo nome, è intervenuta a compier quell'atto (cfr. Pavoni, *La scrittura privata,* pag. 122).

Se questa è la funzione della sottoscrizione, è evidente che di sottoscrizione giuridicamente valida non può parlarsi quando essa sottoscrizione non sia autografa, poichè le manca in questo caso quella qualità che serve a farla distinguere da tutte le altre e che sola può adempiere quindi alla specifica funzione di identificazione del dichiarante. È perciò comune insegnamento della dottrina che tutte le volte in cui la legge richiede la formalità della sottoscrizione di un atto, questa si ha per non apposta quando sia stampigliata o impressa con mezzi meccanici anzichè scritta a mano (cfr. Coviello, *Manuale di diritto civile,* pag. 510): pensare il contrario equivarrebbe a credere che l'atto giuridico per la validità del quale è richiesta la presenza di una persona, si possa compiere validamente in presenza della sua fotografia! Ciò vale per le sottoscrizioni dei privati (art. 1321 cod.

civ., art. 251, n. 7 cod. comm.), ma tanto più deve valere per le sottoscrizioni dei pubblici ufficiali, negli atti che costituiscono la esplicazione di un potere pubblico attribuito all'organo, e che sono validi solo in quanto emanino dalla persona investita della funzione (cfr. legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89, art. 51, n. 10; artt. 352 e 353 cod. civ., artt. 42, 136, 139, 145 cod. proc. civ.).

Nè a render valida la sottoscrizione stampigliata può servire, a guisa di integrazione della medesima, la sigla manoscritta ed autografa costituita dalle iniziali del nome e cognome del sottoscrivente. Le iniziali anche se autografe non bastano ad identificare la persona che le ha scritte, perchè si adattano ad un numero infinito di possibili nomi e cognomi. La sottoscrizione del resto, secondo la comune accezione e anche secondo la espressa prescrizione di qualche legge, deve esser costituita dal *nome e cognome* scritti nella loro integrità, e non può esser sostituita da equivalenti (cfr. disposizioni sopra citate); ed anche se — salvo il caso della cambiale — si può ritenere che un'abbreviazione del nome seguita dal cognome scritto per intero possa costituire, quando ciò non ingeneri incertezze sull'identità del dichiarante, una sottoscrizione valida, tale equipollenza non si può in nessun modo sostenere nei casi in cui anche il cognome sia abbreviato.

In quanto alla indecifrabilità della firma, credo corretto considerarla equivalente alla mancanza della medesima. La sottoscrizione è l'elemento finale e conclusivo in cui si riassume la manifestazione di volontà: essa è destinata ad esser letta da coloro a cui l'atto si indirizza, cioè a fare apparire all'esterno la volontà interna del dichiarante. Ora, quando la sottoscrizione del dichiarante non è intelligibile, neppure si ha dichiarazione, perchè manca il mezzo esterno idoneo a render manifesta la volontà. Si scrive per gli altri, non si scrive per sè: e se gli altri non capiscono, la scrittura manca al suo scopo. Nè si dica che nella pratica le sottoscrizioni, specialmente quelle degli ufficiali pubblici sono quasi sempre indecifrabili (non m'è mai accaduto di leggere riprodotto in un ricorso in cassazione il testo di una quietanza di deposito, senza trovarvi in fine la formula stereotipata: « *Il Ricevitore: firma illeggibile* »!): l'abuso tollerato, effetto di abituale deficienza di precisione e di esattezza, non costituisce agli effetti giuridici una scusante. Scrivere e sottoscrivere in modo chiaro è, innanzi tutto, un obbligo di buona creanza; ma diventa un dovere giuridico tutte le volte in cui la chiarezza della scrittura e della sottoscrizione sia una condizione *sine qua non* affinchè una formalità voluta a pena di nullità dalla legge conservi il significato e raggiunga lo scopo per il quale il legislatore l'ha posta.

Approviamo dunque incondizionatamente la decisione surriportata, che richiama gli ufficiali giudiziarî e i loro commessi alle regole...

del bello scrivere. La questione, a nostra scienza, non ha precisi precedenti giudiziarî: il MORTARA però insegna (*Commentario,* III, n. 290) che « spetta alla prudenza del magistrato valutare nei singoli casi se sia sufficientemente adempiuto l'obbligo della sottoscrizione: non sarebbe ingiusto negarlo e colpire di nullità una citazione, in cui la sottoscrizione fosse assolutamente illeggibile »; tale soluzione — la quale può valere, come si è visto, per ogni sottoscrizione anche fuor del campo degli atti giudiziarî — è tanto più necessaria quando, come nel caso nostro, si tratta di una sottoscrizione richiesta a pena di nullità dal diritto processuale, il quale, per il suo carattere prevalentemente formale, sottostà a regole di interpretazione particolarmente rigorose e ammette meno del diritto sostanziale il ricorso agli equipollenti.

Non staremo poi a dimostrare come, ammesso il principio che la citazione con sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario non autografa, non completa, non intelligibile sia nulla per mancanza di sottoscrizione, se ne desuma a guisa di corollario, derivante dalla semplice combinazione degli artt. 135 e 145 cod. proc. civ. coll'art. 87 r. decr. 28 dicembre 1924, che è nulla del pari la citazione in cui sia viziata da tali difetti la sottoscrizione del commesso. In quanto alla massima che la nullità della citazione si desume dalla copia consegnata al citato, essa costituisce ormai un *jus receptum* (cfr. MATTIROLO, *Trattato,* II, n. 199).

XIII

CONSEGUENZE DELLA MANCATA ESIBIZIONE DI DOCUMENTI IN GIUDIZIO (*)

1. — La disciplina giuridica della cosidetta « azione esibitoria » dà luogo, nel nostro diritto, a incertezze e a dibattiti, concernenti principalmente due problemi: primo, in quali casi e sotto quali condizioni il giudice abbia il potere di ordinare la produzione in giudizio, a scopo probatorio, di documenti detenuti da una parte o da un terzo; secondo, quali conseguenze (specialmente di carattere probatorio) si verifichino, se la persona alla quale il giudice ha ordinato la produzione contravvenga a quest'ordine.

La fattispecie, decisa dalla Corte fiorentina con una sentenza che appar notevole sopra tutto per aver saputo inquadrare la questione, con larghezza di vedute, nei principî generali del processo, pone in termini veramente tipici e singolari (non ne riassumo le circostanze, perchè chiaramente risultano dalla motivazione) il secondo problema; ma anche sul primo può offrire lo spunto a qualche interessante osservazione.

2. — La chiara visione del primo problema è stata forse, in molti autori e giudicati, annebbiata dalla sovrapposizione di due aspetti che bisogna invece tener nettamente distinti: l'aspetto privatistico, concernente il diritto che una parte possa avere sul documento detenuto dalla parte avversaria o da un terzo, e l'aspetto pubblicistico, concernente il potere del giudice di ordinare, nell'interesse della giustizia, la produzione del documento in giudizio. Si tratta di due concetti che possono intrecciarsi e in certi casi integrarsi o coincidere, ma che a torto si crederebbero inseparabili.

Il documento, all'infuori del processo e indipendentemente dalla sua funzione probatoria nel processo, può essere considerato come

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. VII (1930), parte II, pp. 289-301; ristampato in *Studi*, III, pp. 55-66. [*Bibliografia*, n. 169].

una cosa, oggetto di diritti privati: e sotto questo aspetto possono aversi una quantità di casi, disciplinati dal diritto sostanziale, in cui una persona vanti un diritto reale su un documento detenuto da altri (per es. art. 999 cod. civ.) o in cui una persona sia tenuta, per un rapporto di obbligazione, a consegnare ad altri un documento, come potrebbe essere obbligata a consegnare altra cosa. L'azione con cui, in tali casi, l'avente diritto faccia valere contro il detentore del documento il suo diritto reale o il suo diritto di credito, non sarà una azione « esibitoria, ma sarà una comune rivendicazione o un'altra ordinaria azione di condanna, che avrà per scopo non la esibizione del documento *al giudice*, ma la sua consegna, fuori del processo, al privato proprietario o creditore.

Quando invece si parla di esibizione in giudizio di un documento, questo non si considera più come cosa oggetto di diritti privati, ma come mezzo per accertare la verità in un processo, oggetto del quale non è il rapporto tra l'avente diritto e il detentore del documento (questo sarebbe l'unico oggetto della decisione se si trattasse di una semplice rivendicazione del documento), ma un altro qualsiasi rapporto controverso in cui il documento, indipendentemente dai diritti che su di esso possano vantare le parti, deve servire come prova *per il giudice*. Entra qui dunque in giuoco l'interesse pubblico, in vista del quale la produzione di un documento in giudizio può essere ordinata dal giudice (ove il diritto positivo lo consenta) non per attuare con ciò un diritto della parte sul documento, ma per meglio raggiungere, col concorso degli elementi probatorî desunti dal documento, i fini superiori della funzione giurisdizionale.

Diritto di una parte sul documento e dovere dell'altra parte (o del terzo) di esibirlo in giudizio, non sono dunque termini omogenei e reciprocamente complementari: questo può sussistere senza quello: e, quando sussiste, si inspira alla tutela di tutt'altro interesse. Il dovere di esibire un documento in giudizio è infatti (ove per diritto positivo sussista) della stessa natura del dovere di rendere testimonianza in giudizio: che a nessuno verrebbe in mente di considerare come derivante da un rapporto privato di obbligazione tra colui che è tenuto a testimoniare e colui al quale può giovare la testimonianza!

3. — La soluzione del primo problema, oltrechè dal già notato intreccio tra due rapporti di diversa natura, è resa complicata anche dalla necessità di distinguere tra il caso in cui il detentore del documento, di cui si ordina la esibizione in giudizio, sia un terzo, e il caso in cui sia una delle parti in causa.

Nel primo caso il dovere del terzo di produrre in giudizio il documento che serve ad accertare la verità, si può agevolmente costruire (*in iure condendo* di sicuro, e forse anche, secondo autorevoli

opinioni (1), *in iure condito*) sullo stesso profilo teorico che serve a giustificare il dovere della testimonianza: come dovere, cioè, incombente ad ogni cittadino, di cooperare, coi mezzi di cui dispone, al miglior funzionamento della giustizia (2).

Ma le difficoltà nascono quando il detentore del documento è una delle parti: la quale sa che, se quel documento sarà prodotto in giudizio, la causa sarà per lei inevitabilmente perduta. Si può in questo caso obbligare la parte, nell'interesse della giustizia, a collaborare così alla propria sconfitta? Teoricamente, *in iure condendo*, in un sistema processuale, che fosse decisamente orientato al principio inquisitorio anche in materia civile, non vi sarebbe ragione per rispondere di no. Ma nel nostro processo, che si inspira al principio dispositivo, la risposta non può esser la stessa. Già l'antica dottrina invocava in proposito gli aforismi, che ancor oggi non è raro trovar citati in qualche sentenza, *nemo tenetur edere contra se*, e *non sunt arma sumenda de domo rei;* i quali, in sostanza, esprimono una verità fondamentale del nostro vigente diritto giudiziario: che, cioè, in un sistema processuale in cui a ciascuna parte incombe l'onere di allegare e di provare i fatti ad essa favorevoli, e in cui i fatti non allegati o non provati si hanno come inesistenti, non si può imporre a una parte di portare prove a favore dell'avversario, senza distruggere quella repartizione degli oneri tra le parti, che costituisce il meccanismo propulsore ed insieme equilibratore del nostro processo. Il principio della ripartizione dell'onere della prova significa che ciascuna parte, per provare al giudice i fatti ad essa favorevoli, deve fidare soltanto sulle proprie forze, senza sperare aiuti dalla parte avversaria: e significa anche che, se la parte su cui grava l'onere della prova non ha i mezzi per adempierlo, la controparte *ha diritto* a che la mancata prova si risolva in suo favore. In un processo in cui la parte non ha l'obbligo giuridico di dire la verità, non si può neppure concepire un obbligo di esibire in giudizio documenti favorevoli alla parte contraria: il principio dispositivo conserva al processo il primitivo carattere di una lotta legalizzata, in cui ciascun contendente agisce per vincere, e in cui, nell'urto delle forze individuali, non vi è posto per la solidarietà tra i litiganti.

4. — Senonchè queste considerazioni, le quali logicamente porterebbero a escludere in ogni caso l'obbligo di una parte di esibire in giudizio documenti ad essa sfavorevoli, trovano un temperamento in quei casi in cui, sui documenti detenuti da una parte, l'altra parte (quella alla quale la esibizione gioverebbe) vanti un diritto di pro-

(1) Cfr. Carnelutti, *Lezioni*, II, n. 146.

(2) Cfr. Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage*, pag. 109.

prietà o altro diritto di natura privata. In questo caso il rapporto di diritto privato reagisce sul rapporto di diritto pubblico: il dovere (processuale) di esibire in giudizio documenti a sè sfavorevoli sorge nella parte come conseguenza del suo obbligo (sostanziale) di consegnare alla controparte la cosa che a questa è dovuta, o di non impedire che questa si serva in giudizio della cosa che le appartiene.

Se un documento, di proprietà della parte che potrebbe servirsene in giudizio per provare un fatto ad essa favorevole e per assolvere così l'onere della prova su essa incombente, viene detenuto dalla altra parte, l'ordinare a questa di esibirlo in giudizio non costituisce disconoscimento del principio della ripartizione dell'onere della prova, ma significa anzi mettere la parte, su cui l'onere incombe, in condizioni di assolverlo *coi proprî mezzi* (di cui l'altra parte ingiustamente vorrebbe privarla). La via più lunga consisterebbe qui nel condannare il detentore del documento, in base al rapporto di diritto privato, a restituirlo all'avente diritto, affinchè questi potesse poi produrlo in giudizio per provare i fatti della cui prova gli incombe l'onere; l'ordine di esibizione rivolto direttamente al detentore rappresenta una scorciatoia, che, quantunque possa apparentemente sembrare un ordine, diretto al detentore, di *edere contra se,* è in realtà l'ordine rivolto al detentore di restituire all'altra parte i mezzi di cui questa ha diritto di servirsi per *edere pro se,* cioè per assolvere l'onere della prova che grava su di lei.

Esattamente dunque la dottrina, finchè, *in iure condito,* vige il principio dispositivo, restringe l'obbligo della parte di esibire in giudizio documenti a sè sfavorevoli ai soli casi in cui la controparte vanti su di essi un diritto di natura privatistica. Mentre nei confronti del terzo estraneo alla controparte il dovere di esibizione si può basare su ragioni di pubblico interesse, nei confronti della parte in causa l'esibizione può essere ordinata soltanto quando i documenti appartengano per diritto privato alla parte che ne chiede la produzione, o si possano considerare, sotto qualche aspetto, ad essa « comuni »; e solo è lecito discutere se a questo concetto di comunanza si debba dare il ristretto significato di comproprietà, ovvero se esso possa essere allargato, come sempre più tende a fare la giurisprudenza (3), a comprendere tutti i documenti che siano stati redatti nel *comune interesse di ambedue le parti* (4).

---

(3) Cass., 10 luglio 1926; 25 maggio 1928; 14 dicembre 1928 (in « Sett. della Cass. » 1926, 840; 1928, 725; 1929, 92); ecc.

(4) E' noto che anche l'obbligo della esibizione dei libri di commercio, stabilito dall'art. 28 cod. comm., viene basato dalla più recente dottrina sulla « co-

Nel caso deciso dalla Corte fiorentina, tale diritto della parte alla restituzione dei documenti era stato riconosciuto dalle precedenti interlocutorie emanate nello stesso giudizio. Nel rendere il conto della sua amministrazione l'attore, prima di iniziare il processo, aveva amichevolmente consegnato alla parte, nell'interesse della quale aveva amministrato, tutti i documenti giustificativi del rendiconto, colla intesa che questa glieli avrebbe restituiti appena li avesse verificati. Viceversa questa, pur contestando alcune partite del conto, si rifiutava di restituire all'attore i documenti, che a questo appartenevano e che erano indispensabili per dimostrare in giudizio la infondatezza delle contestazioni. Il diritto dell'attore di riavere la documentazione e di servirsene fino a quando il rendiconto non fosse stato approvato, era dunque indubbiamente basato sul rapporto di diritto privato preesistente al processo: e appunto in vista di tale diritto era stata ordinata la esibizione dei documenti in giudizio, per impedire che fosse maliziosamente sottratta all'attore la prova che gli era indispensabile per vincer la causa.

5. — Sorgeva però, nella causa decisa dalla Corte fiorentina, il secondo problema; la parte che deteneva i documenti, di cui era stata ordinata la esibizione in giudizio, non aveva ottemperato a tale ordine. Mancavano così al giudice i documenti, i quali avrebbero potuto chiarire se la impugnazione del rendiconto fosse o non fosse fondata: a carico di chi doveva ricader la incertezza derivante da tale mancata esibizione?

In condizioni ordinarie, la mancanza dei documenti giustificativi sarebbe andata a carico della parte tenuta a rendere il conto: a chi rende il conto incombe l'onere di giustificare le partite (art. 319 cod. proc. civ.), tanto più nei casi in cui egli assume la posizione di attore e si afferma creditore del disavanzo. Ma nel caso nostro la parte che rendeva il conto, e sulla quale normalmente avrebbe gravato l'onere della prova, era messa, dal fatto della controparte, nella impossibilità di assolvere tale onere. Quali dovevano essere le conseguenze probatorie di tale situazione?

I mezzi che possono essere adoperati per costringere il detentore dei documenti a eseguire l'ordine di esibizione rivoltogli dal giudice (e che possono assumer speciali forme se il detentore è un pubblico depositario) vanno molto al di là di quelli che comunemente si hanno per la esecuzione forzata delle obbligazioni di diritto privato: pensare che, per garantir la osservanza del dovere di esibizione si possa

---

munanza delle registrazioni »; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 177 e segg.; ROCCO ALFR., *Principii di dir. comm.*, pag. 495 e segg.

ricorrere alla esecuzione per consegna di beni (art. 741 cod. proc. civ.) o addirittura soltanto alla *extrema ratio* del risarcimento dei danni (art. 1218 cod. civ.) (5), vorrebbe dire dimenticare quello che sopra abbiamo detto (n. 2) sulla natura pubblicistica di quel dovere.

Il problema, però, deve essere anche qui diversamente considerato secondo che la persona, alla quale l'ordine di esibizione è rivolto, sia una delle parti in causa ovvero un terzo estraneo alla controversia. In questo secondo caso, per forzare il terzo ad eseguire l'ordine di esibizione, non gli si possono minacciare conseguenze a lui sfavorevoli nella decisione della lite (l'esito della quale gli è indifferente), ma si deve necessariamente pensare a quei mezzi coercitivi di cui già si hanno esempî *in iure condito* (multa, art. 287 cod. proc. civ., arresto personale, art. 915 cod. prov. civ. e 2094 cod. civ.) e che, *in iure condendo*, potrebbero essere resi anche più energici, in conformità di quanto è disposto nel codice di proc. penale (art. 166, 233, 237 ecc.) per la ricerca ed il sequestro delle cose che possono essere utili all'accertamento della verità. D'altra parte, se neppure il ricorso a queste misure coercitive basta ad ottenere dal terzo la esibizione, è evidente che la mancata produzione dei documenti andrà, di fatto, a carico della parte che sperava trarne in giudizio elementi probatorî a proprio favore, come andrebbe a suo carico la morte di un testimone che poteva esserle favorevole. La mancata esibizione da parte del terzo non sposta l'onere della prova: e se, in conseguenza di tale mancanza, la parte, su cui incombe l'onere di provare, è messa nella impossibilità di assolverlo, essa si troverà inevitabilmente nella condizione sfavorevole di chi in giudizio non riesce a provare il suo assunto: e, dopo la sconfitta, le potrà tutt'al più restare un'azione di danni contro il terzo (arg. 287 cpv. cod. proc. civ.).

Ma quando, invece, la persona alla quale è rivolto l'ordine di esibizione è una delle parti in causa, si può pensare in tal caso se il contegno della parte che si rifiuta di eseguire l'ordine, non possa essere utilizzato, a sua volta, come mezzo per accertare i fatti della controversia. Se una delle parti in causa si rifiuta di produrre in giudizio certi documenti che sono presso di lei, è infatti naturale supporre che questo suo rifiuto sia suggerito dal sapere che questi documenti, se prodotti, costituirebbero in giudizio una prova a favore dell'avversario: cosicchè, psicologicamente, non ci vuol molto acume per interpretare tale rifiuto come riconoscimento della verità dei fatti affermati dalla controparte. Senonchè, ponendo il problema in termini giuridici, due sistemi si possono teoricamente pensare per utilizzare a scopo probatorio tale rifiuto di esibizione: può esservi un

(5) Così PALAZZO, in *Sinossi giuridica*, fasc. 450, pag. 45.

sistema che lasci il giudice libero di valutare caso per caso il significato del rifiuto e quindi di considerarlo, se non vi sono ragioni in contrario, come un indizio della verità dei fatti affermati dalla controparte: e può esservi un sistema il quale, con una regola di prova legale fissata in anticipo una volta per tutte, stabilisca che, contro la parte che si rifiuta di esibire i documenti, si hanno senz'altro come provati i fatti, alla cui dimostrazione tali documenti dovevano, a richiesta della controparte, servire.

Di ambedue i sistemi si hanno applicazioni positive: il primo è seguito, per citare solo alcuni esempi, dalla *ZPO* germanica, § 427, dalla *ZPO* austriaca, § 307, e dal *Codex iuris canonici,* can. 1824, § 2; il secondo è seguito da alcune leggi cantonali svizzere. Nei lavori per la riforma del processo civile italiano, il secondo sistema fu adottato nel Progetto Carnelutti, art. 106: mentre il primo fu adottato dalla Proposta Chiovenda, art. 23, e dal Progetto Carnelutti riveduto dalla Sottocommissione, art. 176.

Ma il diritto italiano vigente nessuna disposizione contiene in proposito: si potrà, nel silenzio della legge, ritenere che il problema trovi già la sua soluzione nei principî generali del nostro processo?

6. — La sentenza della Corte fiorentina ha ritenuto che, già nella legislazione vigente, l'obbligo fatto alla parte di esibire in giudizio determinati documenti, assume, agli effetti probatorî, la figura di un *onere*: la parte a cui il giudice comanda di esibire i documenti, « è arbitra di scegliere fra lo ottemperare e il non ottemperare nel « processo a tale obbligo; ma, se non vi ottempera, *deve subire le « conseguenze dannose della propria inerzia* ». Con sobria lucidezza la sentenza ha qui profilato quelle che sono le caratteristiche dell'onere processuale: la parte può, se vuole, compiere l'attività necessaria e sufficiente per evitare che si verifichi a suo carico una certa situazione sfavorevole: se non la compie, tale situazione si verifica come conseguenza della sua inerzia. La parte ha così la scelta tra il muoversi per evitare il danno e il subire il danno restandosene inerte: essa sola è arbitra, nel suo esclusivo interesse, di scegliere quale tra queste due vie le conviene di più: anche nel processo *faber est suae quisquis fortunae* (6). Una siffatta situazione si verifica nel nostro processo non solo nel caso tipico dell'onere della prova, ma anche in casi speciali espressamente disciplinati da singole disposizioni: la parte a cui è deferito l'interrogatorio, se vuol evitare che i fatti dedotti dalla controparte si considerino come ammessi, deve rispondere

(6) Sul concetto di onere processuale, cfr. specialmente GOLDSCHMIDT, op. cit., pag. 23.

ad esso (art. 218 cod. proc. civ.); la parte contro cui è prodotta una scrittura, se vuol evitare che la scrittura si abbia per riconosciuta, deve comparire e rispondere specificatamente (art. 283); il terzo, se vuole evitare di esser dichiarato detentore o debitore, deve fare la dichiarazione (art. 614); qualcosa di simile si verifica anche nelle varie forme di procedimento monitorio, in cui il debitore, se vuole evitare che le affermazioni del creditore si abbiano come provate, deve fare opposizione nel termine; ecc.

Il principio unico al quale tutti questi casi si inspirano, e ancor più in generale il principio di *responsabilità di parte* al quale si inspira il processo a tipo dispositivo, dovrebbero, secondo la Corte fiorentina, portare anche nel caso nostro a conseguenze analoghe: la parte, se vuole evitare che i fatti affermati dalla controparte si considerino come ammessi, deve esibire in giudizio i documenti concernenti tali fatti. In questo senso, infatti, la più recente dottrina tedesca costruisce il dovere di esibire i documenti in giudizio (*Urkundeneditionspflicht*) come un vero e proprio onere processuale (7).

Senonchè qualche dubbio può nascere in proposito dal considerare che, nel caso della esibizione dei documenti, il dilemma che si presenta alla parte, alla quale è rivolto l'ordine di esibizione, ha una portata un po' diversa da quella che è comune a tutti i casi, sopra ricordati, di onere processuale. In questi casi la parte si trova posta nella alternativa tra il compiere un'attività che può produrre, se essa vuole, un effetto *ad essa vantaggioso* (8), e il subire l'effetto *svantaggioso* derivante dalla sua inerzia; il dispendio di energia occorrente per compiere l'attività è sempre compensato da un resultato favorevole alla parte che la compie: se la parte non vuol subire il costo dell'agire, è giusto dunque che non ne goda il guadagno. Io sono stato avvertito che dal tetto sotto cui mi sono riparato, sta per cadere una tegola sulla mia testa: se, novello Belacqua, non voglio compiere il piccolo sforzo occorrente per tirarmi un metro più in là, non posso poi lagnarmi se la tegola mi viene addosso!

Ma nel caso della esibizione dei documenti si stenta a vedere quale sia l'effetto vantaggioso di questa attività, che la parte dovrebbe compiere per evitare l'effetto *svantaggioso* della inerzia. Se la parte *non esibisce* i documenti, si hanno per veri i fatti affermati dall'avversario: sta bene; ma se la parte *li esibisce*, che cosa succede?

---

(7) Goldschmidt, op. cit., pag. 108 e segg.

(8) Così, per es., la parte può sempre, non essendovi nel nostro processo l'obbligo per le parti di dire la verità, negare i fatti sui quali viene interrogata, e ottenere in questo modo il vantaggio che l'onere della prova di tali fatti continui, anche dopo l'interrogatorio, a gravare sulla controparte.

Forsechè la parte, da questa esibizione, trarrà un vantaggio? Tutt'altro: chè i documenti serviranno appunto a provare la verità dei fatti affermati dall'avversario! Cosicchè il dilemma in questo caso non sta, per la parte, tra il compiere un'attività vantaggiosa e il mantenere una svantaggiosa inattività, ma sta tra il compiere un'attività *dannosa* e il mantenere una inerzia *ugualmente dannosa*. Sembra dunque che manchi, in questa singolare situazione, proprio quella che del vero onere processuale costituisce la molla caratteristica: la possibilità, cioè, di *evitare un male*, compiendo, nel proprio interesse, un certo sforzo. Per poter far rientrare il nostro caso sotto quel principio di responsabilità della parte, al quale si inspirano tutti i casi sopra ricordati, bisognerebbe casomai dimostrare che la parte, producendo in giudizio i documenti di cui le è stata ordinata la esibizione, verrebbe a trovarsi in una situazione *più favorevole* o *meno sfavorevole* di quella in cui si troverebbe astenendosi dal produrli; ma questa dimostrazione mi sembra sommamente difficile e sottile (9), ed è proprio questa difficoltà che, sulla prima massima della sentenza annotata, mi lascia pensoso e perplesso (10).

7. — In ogni modo la sentenza annotata (la quale è veramente lodevole per avere colla prima massima cercato la soluzione della controversia proprio nel campo di quei sommi principî del processo, nel quale di solito la giurisprudenza non ama spaziare) offre subito, colla seconda massima, il rimedio ad ogni perplessità, decidendo che, ove pur non si ammetta che il rifiuto di esibire i documenti operi legalmente per via di preclusione l'accertamento dei fatti contrarî, allo stesso resultato il giudice può sempre giungere, valutando in concreto il contegno della parte e considerandolo, in base all'art. 1354 cod. civ., come un indizio per presumere la verità di questi fatti.

Questa è indubbiamente la soluzione che *in iure condito* lascia più tranquilli: il caso qui deciso, in cui il malizioso comportamento della parte convenuta non poteva lasciar dubbî sulla causa del rifiuto di esibire i documenti, dimostra in modo veramente tipico come quasi sempre le regole di prova legale portino, nella loro applicazione

(9) Forse si potrebbe dire che, se la parte esibisce i documenti, può darsi che il giudice, liberamente valutandoli, non li ritenga sufficienti a provare i fatti affermati dall'avversario: mentre, se non li esibisce, il giudice deve senz'altro ritener provati questi fatti; cosicchè, per la parte che detiene i documenti, il danno derivante dalla mancata esibizione è più certo e inevitabile di quello che può derivarle dall'esibirli.

(10) Molti autori non recenti seguono l'avviso accolto dalla sentenza qui annotata, pur senza darne sufficiente spiegazione: cfr. Borsari, *Il cod. proc. civ. annotato*, art. 167; Cuzzeri, *Il cod. proc. civ., illustrato*, II, 106; Giorgi, *Obbligazioni*, VI, n. 41.

pratica, agli stessi resultati probatorî ai quali porterebbe la libera valutazione del giudice.

Ma data questa identità di resultati, il sistema della libera valutazione (che, come si è veduto, è seguito dalle leggi germanica e austriaca) sembra preferibile anche *in iure condendo,* perchè lascia al giudice la possibilità di tener conto di quei casi non infrequenti in cui il rifiuto di esibizione dipenda non dalla volontà di sottrarre all'avversario prove a questo favorevoli, ma da altri motivi plausibili, che è difficile prevedere ed elencare in anticipo in una apposita disposizione (cfr. art. 109 Progetto Carnelutti). Tra questi ha grande importanza, nella massima parte dei casi, il motivo fiscale: talora infatti, per mettere in regola col registro e col bollo il documento da produrre, la parte dovrebbe andare incontro a una spesa ingente, forse superiore all'importo della causa; talchè, se la parte si astiene dal produrlo, non è lecito da questa sua inerzia argomentare la verità dei fatti affermati dalla parte avversaria: la quale probabilmente conosce le difficoltà fiscali che si oppongono alla produzione del documento e magari specula su di esse, reclamando a gran voce la esibizione, colla certezza che questa non avverrà mai.

Si ha così, in questa osservazione, una nuova e non ultima conferma delle profonde deviazioni che le leggi fiscali producono sulla struttura del processo civile: le strane degenerazioni di certi istituti processuali, le preferenze che nella pratica si verificano a favore di certi mezzi di prova e in odio a certi altri, non si spiegano, se non tenendo presenti le difficoltà in cui le parti sono messe da certe disposizioni vessatorie delle leggi fiscali, che capovolgono i principî fondamentali del diritto probatorio. Chi propugna, anche *in iure condendo,* le più severe limitazioni della prova testimoniale per rendere sempre più generale l'uso della prova scritta, deve domandarsi se, col nostro sistema di tasse, giudiziarie e contrattuali, esigere la prova scritta non voglia dire assai volte metter la parte nella assoluta impossibilità di ottenere giustizia. Il sistema delle prove, quale si insegna nei manuali, è molto spesso pura illusione teorica: nella pratica le cose vanno assai diversamente, perchè l'influsso perturbatore della ragione fiscale sospende o modifica talvolta anche certi principî fondamentali, come quello dell'onere della prova o della libera valutazione del giudice.

Ma questo è argomento che meriterebbe un lungo discorso: qui, con riserva di tornarci di proposito (11), basti soltanto averci accennato.

---

(11) Cfr. lo scritto *Il processo sotto l'incubo fiscale,* nel terzo volume degli *Studi,* pag. 78 e segg.

XIV

LA CONDANNA (*)

SOMMARIO: 1. La sentenza di condanna come ordine di prestazione e come ordine di esecuzione; critica. — 2. La teoria del Carnelutti: la condanna come accertamento dell'atto illecito; critica. — 3. La teoria del Liebman: la condanna come applicazione della sanzione; critica. — 4. La condanna come sentenza costitutiva della soggezione alla coazione. — 5. Conclusioni.

1. — La differenza che distingue le sentenze di condanna dalle altre categorie di sentenze conosciute dalla dottrina (s. di mero accertamento e s. costitutive) si rivela alla superficie anche sotto un aspetto direi quasi grammaticale, quando si consideri che il verbo *condannare*, a differenza di quelli che il giudice adopra nel dispositivo delle altre categorie di sentenze (« accerto », « dichiaro », « annullo », « revoco », e così via), non esaurisce in sè stesso la propria funzione, ma ha bisogno, per significar qualcosa di concreto, di esser integrato da un complemento indiretto, retto dalla preposizione *a*, che i grammatici chiamano « complemento di pena » (1), e che è destinato a indicare il contenuto della condanna. Quando il giudice assolve, o annulla, o revoca, lo scopo del processo è senz'altro raggiunto: ma quando si tratta di condannare, la cosa non è finita lì col dire « condanno ». Non si condanna *sic et simpliciter*: si condanna *a pagare*, si condanna *a restituire*, si condanna *a morte*. Dopo la condanna, affinchè lo scopo del processo sia esaurito, deve sempre accadere qualche altra cosa: e proprio nell'indicare questo *quid* che deve ancora accadere dopo la sentenza, questo comportamento successivo che deve far seguito alla sentenza, consiste, a chi guardi la cosa superficialmente, uno dei caratteri più appariscenti delle sentenze di condanna. Al quale, nel significato che la parola condanna ha nel linguaggio ordinario, si deve aggiungere

(*) Pubblicato in « Studi in onore di Federico Cammeo », Padova, Cedam, 1933, pp. 193-205; ristampato in *Studi*, III, pp. 179-192. Tradotto in lingua spagnola da Santiago SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 549-563. [*Bibliografia*, n. 182].

(1) Cfr. CAMPANINI, *Guida allo studio della lingua italiana*, n. 42, pag. 84.

anche un altro carattere, consistente in ciò: che questo *quid* successivo, di cui la sentenza di condanna appare come il preannuncio e la preparazione, deve costituire sempre per la parte condannata la forzata lesione di un interesse, la *imposizione di una sofferenza* (2).

Si intende come la dottrina, quasi limitandosi a tradurre in formula giuridica questo significato comune e tradizionale del verbo « condannare », abbia per prima cosa visto nelle sentenze di condanna un ordine di prestazione (*Leistungsbefehl*), cioè un comando, rivolto dal giudice all'*obbligato*, di tenere quel certo comportamento che la condanna determina; di che si ha un riflesso nella terminologia tedesca, che chiama le sentenze di condanna anche sentenze *di prestazione* (*Leistungsurteile*) (3). Ma contro questa dottrina (la quale, oltre a tutto, ha il grave difetto di trascurare interamente la condanna penale, per la quale non si può certo parlare di ordine di prestazione nello stesso senso in cui se ne parla per la condanna civile) (4) è stato agevolmente obiettato che il comando di prestare rivolto allo obbligato è già tutto nella legge che la sentenza accerta (5), e che non si può considerare come tipico della sentenza di condanna un effetto che sarebbe inerente non alla sua funzione processuale, ma alla speciale natura del rapporto sostanziale accertato. D'altra parte si è osservato che non è esatto basare, come qualcuno ha fatto (6), la differenza tra sentenze di condanna e sentenze di mero accertamento nella diversità del rapporto sostanziale accertato, giacchè anche un'obbligazione può essere oggetto di una sentenza di mero accertamento; onde può esservi una sentenza che accerta un dovere di prestazione (e quindi esprime il comando di prestare che la legge rivolge all'obbligato), senza che questa sia una sentenza di condanna. Uno stesso rapporto obbligatorio può dar luogo, solo per il variare dell'interesse ad agire, a una sentenza di condanna o a una sentenza di mero accertamento, che, l'una e l'altra, accertano ugualmente il dovere dell'obbligato; ma poichè esse hanno effetti processuali diversi, ciò significa che la loro diversità non ha la sua radice nella natura del rapporto sostanziale accertato (che è nei due casi lo stesso), e che la ragione della differenza va ricercata *altrove*.

---

(2) Cfr. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, pag. 109; BETTI, *L'antitesi storica di judicare e damnare*, in « Riv. it. scienze giur. », 1915, pag. 14, nota 1.

(3) KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 14 e segg.

(4) KISCH, op. cit., pag. 29.

(5) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 157-158: su queste teorie cfr. LIEBMAN, op. cit., n. 65.

(6) Cfr. l'opinione dello SCHULTZE, riferita e confutata da ROCCO ALFR., in *Sentenza civile*, pag. 140-141.

Nè sembra in tutto esauriente la teoria secondo la quale la caratteristica essenziale delle sentenze di condanna sarebbe il comando, rivolto agli organi esecutivi, di procedere alla esecuzione forzata (7). Anche qui si è osservato che i poteri e i doveri dell'organo esecutivo derivano dalla legge (8), e che la sentenza di condanna non dà luogo alla esecuzione forzata in quanto essa contenga un ordine di servizio diretto personalmente da un funzionario a un altro, ma in quanto essa costituisce l'accertamento oggettivo delle condizioni, da cui la legge fa dipendere la esecuzione forzata. D'altra parte il dovere per certi organi pubblici di tenere un determinato comportamento, conforme all'accertamento contenuto nella sentenza, può derivare anche da sentenze che non sono di condanna: si pensi a tutte quelle sentenze di mero accertamento o costitutive, dalle quali sorge, in autorità giurisdizionali o in autorità amministrative, il dovere di compiere certe attività che la sentenza determina (per es. l'esecuzione di una prova, l'iscrizione di un'ipoteca; l'esecuzione di misure di sicurezza ordinate da una sentenza penale di proscioglimento, art. 205 n. 2 cod. pen.). Si parla in questi casi (che la dottrina tedesca raccoglie sotto la denominazione di *Anordnungsklagen*) (9) di « esecuzione impropria » (10), in quanto l'attività spiegata dall'organo giurisdizionale o amministrativo che si conforma alla sentenza non ha i caratteri della esecuzione forzata *contro l'obbligato,* ma è soltanto la *osservanza* del comando giuridico contenuto nella sentenza, da parte dello organo dello Stato a cui esso comando si indirizza (11). Senonchè in realtà, anche di fronte alle sentenze di condanna, l'attività dell'organo esecutivo, considerata in sè stessa, è sempre e soltanto la osservanza di un comando giuridico di cui esso organo è il destinatario; anche l'esecuzione *forzata,* se è tale quando si guardi da parte dell'obbligato, è osservanza *volontaria* di un precetto, da parte degli organi esecutivi: cosicchè, chi volesse trovare la caratteristica delle sentenze di condanna in questa specie di « ordine di servizio » che il giudice con esse rivolgerebbe all'indirizzo di un altro organo dello Stato, si fermerebbe su un carattere che le sentenze di condanna possono avere a comune con altre categorie di sentenze, e che quindi non può esser preso come indice di quella *differentia specifica,* che ogni definizione tende a isolare.

---

(7) Chiovenda, *Principii,* pag. 158.

(8) Carnelutti, *Lezioni,* II, n. 73, pag. 46; Liebman, op. cit., pag. 103, n. 77.

(9) Cfr. Kuttner, *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses;* Goldschmidt, *Zivilprozessrecht,* 2ª ed., § 15 *a.*

(10) Carnelutti, *Esecuzione,* 1, n. 4.

(11) Chiovenda, *Principii,* pag. 240-241; Carnelutti, op. loc. cit.

2. — Nelle sue *Lezioni* il CARNELUTTI ha ripreso, e l'ha riproposta in termini più decisi e più vigorosi, la teoria di coloro che cercano la caratteristica essenziale della condanna non nella sua funzione processuale, ma nella natura del rapporto sostanziale che essa accerta (12). La sentenza di condanna sarebbe, secondo lui, l'accertamento della *esistenza di un atto illecito*: essa sarebe, sotto l'aspetto processuale, niente altro che una sentenza di mero accertamento; ma si distinguerebbe dalle altre sentenze di accertamento per la natura sostanziale del rapporto accertato. Differenza di oggetto, dunque, non di funzione.

Ma a questa nuova formulaione di una teoria non nuova, il LIEBMAN ha contrapposto di recente (13) una critica coscienziosa e rispettosa, quale meritano sempre, anche da parte di chi ne dissente, le opinioni del CARNELUTTI. Ho l'impressione che la critica abbia colto nel segno: e che non sia difficile rafforzarla con ulteriori argomenti.

La definizione della sentenza di condanna come accertamento della esistenza di un atto illecito, mi pare da respingersi sotto due diversi aspetti: come troppo ristretta, perchè *non tutte le sentenze di condanna presuppongono l'atto illecito;* come troppo ampia, perchè *non tutte le sentenze che accertano un atto illecito sono sentenze di condanna.*

Sotto il primo aspetto, che è quello meglio illustrato dal LIEBMAN, è facile dimostrare, con numerosi esempî tratti dalla pratica giudiziaria, che non sempre la condanna ha come presupposto la colpa del condannato. In tutti i casi di cosiddetta responsabilità *oggettiva,* si può avere condanna (come in sostanza ora (14) lo stesso CARNELUTTI riconosce) senza che vi sia ombra di atto illecito: la condanna del soccombente nelle spese del giudizio, ricordata dal LIEBMAN, è uno di questi casi. Ma gli esempî si potrebbero moltiplicare: quando il giudice colla sua sentenza costituisce o specifica l'obbligo, e insieme condanna l'obbligato ad eseguirlo (per es. art. 1173 cpv. ultimo Cod. civ.; art. 539 Cod. civ.), non si riesce a comprendere quale sia l'atto illecito che la sentenza accerta, dal momento che prima della sentenza non esisteva alcun obbligo, nè quindi la possibilità di commettere, col violarlo, un atto illecito. D'altra parte ci possono essere casi in cui una persona, pur non essendo obbligata per un debito proprio, risponde però coi proprî beni per un debito altrui (si pensi, per es., al terzo possessore di un immobile ipotecato, art. 2013 e segg. Cod.

---

(12) CARNELUTTI, *Lezioni,* II, n. 73; ed ora, con qualche chiarimento, in *Titolo esecutivo,* scritto inserito in « Riv. dir. proc. civ. » 1931, I, pag. 343 e segg.

(13) Op. cit., n. 66.

(14) *Titolo esecutivo,* cit., nota 1 a pag. 316-317.

civ.): in cosiffatti casi (per i quali la più recente dottrina tedesca parla di azioni di *responsabilità,* [*Haftungsklagen*] o di azioni di *assoggettamento alla esecuzione forzata,* [*auf Duldung der Zwangsvollstreckung*]) (15), si possono avere sentenze che, pur presentando tutti i caratteri delle sentenze di condanna, non hanno come presupposto l'atto illecito da parte del condannato.

Ma ancor meglio si può, capovolgendo il ragionamento, dimostrare con esempî tratti dal diritto positivo che non tutte le sentenze che accertano un atto illecito sono sentenze di condanna. Può esservi anche per un atto illecito una sentenza di mero accertamento, tutte le volte in cui anche il semplice accertamento è tale da sodisfare, indipendentemente dalla condanna dell'obbligato, l'interesse del creditore: si pensi, per esempio, a quei casi in cui il convenuto, richiamandosi al principio *inadimplenti non est adimplendum,* chiede che si accerti la inadempienza dell'attore al solo scopo di far respingere la sua domanda: qui si ha accertamento dell'esistenza dell'atto illecito, ma non si ha condanna. Si può pensare che, di fronte a un contratto di assicurazione nel quale il sinistro sia costituito dall'inadempienza di un terzo, basti, per render concreto l'obbligo dell'assicuratore, il semplice accertamento di tale inadempienza; una sentenza di mero accertamento di un atto illecito può essere quella che dichiara la incapacità a succedere per indegnità di colui che abbia commesso alcuno dei fatti previsti dall'art. 725 Cod. civ.; e ci si potrebbe sbizzarrire a ricercar nella pratica altri esempî altrettanto evidenti. D'altra parte l'accertamento dell'atto illecito è assai di frequente il fondamento di sentenze costitutive, tutte le volte in cui l'inadempienza ad un obbligo dà diritto all'altra parte di chiedere al giudice, anzichè la condanna dell'inadempiente, la produzione di un effetto giuridico a carico di lui. La sentenza che risolve il contratto per inadempienza di uno dei contraenti, quella che pronuncia la separazione per colpa di uno dei coniugi, o quella che revoca la donazione per causa di ingratitudine, sono sentenze *costitutive,* nonostante che, alla base di esse, stia la constatazione giudiziale di un atto illecito. E perfino nel processo penale si può avere una sentenza che accerta l'esistenza di un reato, senza peraltro contenere condanna del colpevole: si pensi alla sentena di proscioglimento per perdono giudiziale, prevista dagli art. 379 e 478 del nuovo Codice di proc. penale.

---

(15) Cfr. HEIN, *Duldung der Zwangsvollstreckung,* 1911; ROSENBERG, *Lehrbuch,* 2ª ed., § 85, I, 2; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht,* § 13. Cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo,* in *Studi di dir. proc.* II, n. 47, pag. 310 e segg.

3. — Se, per le ragioni dette finora, credo di poter aderire alla critica mossa dal LIEBMAN alla teoria del CARNELUTTI, non ugualmente mi par di poterlo seguire nella parte ricostruttiva, nella quale egli sostiene che l'elemento essenziale e caratteristico della condanna sarebbe *l'applicazione della sanzione* (16).

Per valutare nella sua giusta luce questa teoria del LIEBMAN (i punti deboli della quale non sono, naturalmente, sfuggiti al CARNELUTTI) (17) bisogna prima di tutto intenderci sul concetto di sanzione, che il LIEBMAN adopra in un senso molto ristretto, equivalente o molto vicino, se non mi inganno, a quello di coazione o di esecuzione forzata.

In realtà, almeno nella comune terminologia, il concetto di sanzione non coincide, in quanto è più ampio, con quello, più ristretto, di coazione: se la coazione può essere considerata come la sanzione estrema di ogni imperativo giuridico, vi possono essere però delle sanzioni le quali non implicano (o non implicano ancora) l'uso della forza contro l'obbligato. Si parla in genere di sanzioni (ed è grandissimo merito nel CARNELUTTI l'aver mostrato la grande importanza che questo concetto fondamentale ha per la scienza del processo) tutte le volte in cui, per la ipotesi della inosservanza di una norma giuridica che possiam dire primaria, si trova posta un'altra norma, secondaria o complementare, che stabilisce ciò che deve accadere quando sia rimasto ineseguito il comando nascente dalla prima: questa norma secondaria e complementare è in genere la sanzione, la quale, sotto l'aspetto formale, si può definire dunque come quella norma giuridica che ha come fattispecie legale la violazione di un obbligo scaturente da un'altra norma. Da questa definizione risulta che la norma sanzionatoria può, come quella primaria, rimasta inosservata, appartenere tutta quanta al diritto sostanziale, e dar vita, indipendentemente da qualsiasi uso della forza contro l'inadempiente, a un diverso rapporto obbligatorio, nel quale si conta ancora, per l'esecuzione della nuova prestazione, sulla *volontà* dell'obbligato. La sanzione consiste qui, dunque, nel sostituire un'obbligazione ad un'altra, rimasta insodisfatta: il nuovo obbligo sorge come sanzione dalla violazione del primo; ma siamo, ancora, nel campo del diritto obbligatorio, in cui l'unico effetto della sanzione è quello di vincolare la volontà dello obbligato in modo diverso da quello in cui era vincolata nel rapporto originario. Il congegno che lega tra loro l'obbligo primario e l'obbligo sanzionatorio appare evidente, perfino nella formulazione grammaticale dell'art. 1218 Cod. civ., quando la sanzione della inadempienza è il risarcimento di danni: rimasta inadempiuta l'obbligazione primaria,

---

(16) Op. cit., nn. 67-71.

(17) *Titolo esecutivo, cit.*, n. 3 e nota.

il risarcimento dei danni sorge come una nuova obbligazione di dare, subentrata al posto della precedente insodisfatta (18). Ma anche altre sanzioni (per es. quelle derivanti dal principio *inadimplenti non est adimplendum*) è possibile che operino soltanto nel campo obbligatorio: nè è escluso che la stessa pena, almeno sotto certi aspetti e indubbiamente in certi ordinamenti primitivi, possa esser costruita come la sostituzione, derivante dal reato, di un nuovo rapporto obbligatorio a quello che preesisteva al reato (19).

Ora è evidente che, se si intende in questo senso il concetto di sanzione, ricadono sulla teoria del LIEBMAN tutte le sensatissime obiezioni che egli, come già si è veduto, ha rivolto a quelle teorie che vogliono basare la definizione della sentenza di condanna non sulla funzione processuale della medesima, ma sulla natura sostanziale del rapporto che ne costituisce l'oggetto.

In sostanza la teoria del LIEBMAN si ridurrebbe a considerare la sentenza di condanna come quella che ha per oggetto un rapporto *sanzionatorio* di un altro rapporto: come quella che contiene, per adoprar le parole del CARNELUTTI (20), l'« accertamento del *rapporto relativo alla sanzione* ». Ma in questo modo la sentenza di condanna tornerebbe a confondersi sotto l'aspetto processuale colle sentenze di mero accertamento, dalle quali si distinguerebbe, secondo il rimprovero già mosso dal LIEBMAN ad altre teorie, non più per la funzione ma solo per l'oggetto.

Si aggiunga che, prendendo il concetto di sanzione in quel senso generico che sopra ho chiarito, numerose sarebbero le smentite che anche a questa teoria del LIEBMAN deriverebbero dal diritto positivo: giacchè si possono avere sentenze che applicano (cioè *accertano*) sanzioni, senza essere sentenze di condanna (per es. la sentenza di mero accertamento dell'obbligo di risarcire i danni, o la sentenza costitutiva che produce un certo effetto giuridico come sanzione di un illecito), e viceversa possono esservi sentenze di condanna che non contengono l'applicazione di una norma (sostanziale) sanzionatoria, come quella che condanna l'obbligato a eseguire la obbligazione ori-

---

(18) Cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Studi di dir. proc.*, Vol. II, pag. 294: « La sanzione giuridica opera in due modi diversi: o col materiale « assoggettamento dell'obbligato inadempiente o con la costituzione a suo carico « di un nuovo obbligo, succedaneo all'obbligo violato. Non so se sia meglio, per « distinguere queste due forme, parlare di sanzione *immediata* e di sanzione *me- « diata*, oppure di sanzione *materiale* e di sanzione *obbligatoria* ».

(19) Cfr. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, pagg. 107 e segg.; SANTORO, *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma 1931, nn. 20-21.

(20) *Titolo esecutivo* cit., n. 3, in fine.

ginaria, cioè ad osservare la norma primaria senza che la sanzione sia messa in moto, o quella nella quale la condanna non esprime la sanzione di un imperativo violato, ma solo la responsabilità volontariamente incontrata in conseguenza di un onere o di un rischio stabilito da una regola finale (21).

4. — Ma il LIEBMAN, in realtà, intende il concetto di sanzione in un senso molto più ristretto di quello finora considerato: per lui non si ha sanzione *stricto sensu* fino a che si resta nel campo sostanziale; la sanzione comincia quando, non potendosi più sperare in un volontario adempimento dell'obbligo imposto dal diritto sostanziale (sia esso l'obbligo primario, o sia l'obbligo sanzionatorio, che è entrato in vigore in conseguenza della violazione dell'obbligo primario), si deve ricorrere, come *extrema ratio,* alla coazione processuale, cioè alla esecuzione forzata per mezzo degli organi dello Stato (22). La via per arrivare all'impiego della coazione può essere più o meno lunga: può essere che in seguito alla violazione dell'obbligazione primaria, immediatamente sia necessario questo passaggio dal campo sostanziale al campo processuale, e che la sodisfazione dell'interesse del creditore debba subito esser cercata nella esecuzione forzata; può darsi invece che, prima di arrivare alla esecuzione forzata, si debbano compiere nel campo del diritto sostanziale diverse tappe intermedie, consistenti (come già si è visto) nel sostituire al rapporto obbligatorio originario un diverso rapporto obbligatorio fra le parti. Ma, comunque si svolga questo giuoco di rapporti primarî o sanzionatorî nel campo del diritto sostanziale, è certo che a un certo momento, per la realizzazione del rapporto primario o di quello sanzionatorio, può essere necessaria la forza.

Questo momento è segnato dalla sentenza di condanna: la quale dunque non è necessaria per determinare la entrata in vigore di *qualsiasi* sanzione, ma è necessaria per mettere in moto quella sanzione estrema (quella che, si potrebbe dire, è la *sanzione delle sanzioni*) che consiste nella *esecuzione forzata.*

---

(21) Nei casi in cui una norma (una di quelle che il BRUNETTI G. chiama *regole* finali) stabilisce che chi vuol conseguire un certo effetto per lui vantaggioso, deve tenere un certo comportamento, non si può parlare, qualora tale comportamento non sia tenuto e quindi l'effetto sperato non si verifichi, di violazione di un obbligo primario e di sanzione del medesimo: qui l'effetto sperato manca non già perchè la norma sia stata *violata,* ma perchè non sono state poste in essere le condizioni di fatto necessarie per l'entrata in vigore di questa norma. Cfr. CARNELUTTI, *Titolo esecutivo* cit., in nota, pag. 317.

(22) Op. cit., specialmente n. 71.

Si ricade dunque, dopo tanto cammino, (lo stesso LIEBMAN non lo dissimula) (23) in quella teoria che « connette la nozione della sen- « tenza di condanna alla sua attitudine a preparare la esecuzione »: la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa *prepara;* e sembra così che ancora una volta sia fallito il tentativo di definire la sentenza di condanna in base alla sua speciale funzione processuale, perchè in questo modo, nel considerarla soltanto come preparazione della esecuzione forzata, la definizione viene a basarsi su un elemento che sta *all'infuori della nozione da definire.*

Sembra tuttavia che, pur tenendo presente questa necessaria correlazione che passa tra la sentenza di condanna e la esecuzione forzata che essa prepara, si possa trovare, anche considerandola in sè stessa, un carattere funzionale che le è proprio e che può forse servire meglio di quelli passati finora in rassegna a dare la sua definizione.

Quando si dice che la sentenza di condanna ha l'effetto di aprir l'adito all'esecuzione forzata, si deve considerare la portata giuridica di tale effetto non tanto in relazione agli organi esecutivi, quanto in relazione alla situazione del condannato. Costui, prima della condanna, non è altro che un *obbligato*: cioè il soggetto passivo di un rapporto giuridico sostanziale, vincolato, in forza di questo, a tenere *volontariamente* un certo comportamento. Finchè egli resta un obbligato, la osservanza del suo obbligo è affidata *alla sua volontà*: nel campo del diritto sostanziale, anche quando al rapporto obbligatorio primario si sostituisce un rapporto obbligatorio sanzionatorio, l'*adempimento volontario* è l'unico mezzo su cui il creditore può contare per il sodisfacimento del suo diritto. Ma, dopo la condanna, la volontà del debitore, sulla quale finora il diritto sostanziale faceva affidamento per ottenere l'adempimento dell'obbligato, si trasforma, da soggetto attivo di volontà, in oggetto passivo di una volontà altrui. In questa *trasformazione dell'obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell'obbligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più,* mi pare che consista la caratteristica essenziale della condanna, comune alla condanna civile ed a quella penale. Fino a che la violazione dell'obbligazione primaria produce soltanto il sorgere di una nuova obbligazione il cui adempimento sia ugualmente affidato alla volontà dell'obbligato, la sentenza che accerta questa sostituzione di un rapporto obbligatorio ad un altro (la quale sostituzione è una

---

(23) Op. cit., pag. 108.

vera e propria sanzione), non è una sentenza di condanna: la condanna si ha soltanto quando, in forza della sentenza, al rapporto di obbligazione si sostituisce un rapporto di soggezione. La *trasformazione dell'obbligo in soggezione,* questa mi pare che sia veramente la funzione specifica della condanna: anzi, vi possono essere dei casi in cui in forza della condanna si trova assoggettato alla esecuzione forzata chi non era prima di allora un vero e proprio obbligato (si pensi alle condanne per responsabilità senza colpa, o alle sentenze *auf Duldung der Zwangsvollstreckung* sopra ricordate), si può dire che la funzione della sentenza di condanna sia quella di *costituire quello stato di soggezione,* in forza del quale il condannato è posto alla mercè degli organi esecutivi, e costretto a subire passivamente la esecuzione forzata come un male inevitabile (24).

5. — In questo senso si può dire veramente che la sentenza di condanna ha natura costitutiva, e in questo senso ha ragione il LIEBMAN (25), quando osserva che la sanzione esecutiva non può concretarsi (esclusi, si intende, i titoli esecutivi non processuali) che attraverso la condanna. Mentre le sanzioni di diritto sostanziale, consistenti nel sostituire un nuovo rapporto obbligatorio a quello originario, non hanno bisogno per concretarsi di una pronuncia del giudice (l'inadempimento della obbligazione primaria fa nascere senz'altro nel campo sostanziale l'obbligo di risarcire i danni), la *extrema ratio,* consistente nel trasformare la obbligazione in soggezione e nell'affidare alla forza degli organi esecutivi la tutela di quell'interesse che precedentemente era rimesso alla volontà dell'obbligato, non si può compiere che attraverso la condanna.

Questa tipica funzione di sostituzione della coazione processuale all'obbligazione sostanziale, per cui il vincolo della volontà si traduce in soggezione alla forza, è comune così alla sentenza civile come a quella penale: il che dimostra che l'elemento tipico della condanna

---

(24) Non mi pare dunque che si possa accettare neanche quella definizione della condanna come *accertamento di responsabilità,* che il CARNELUTTI ha ultimamente proposto (*Titolo esecutivo,* cit. pag. 317, nota): nella terminologia del C. si può avere responsabilità (cioè soggezione alla sanzione), anche quando la sanzione consiste nel subentrare di un nuovo rapporto obbligatorio al rapporto primario, e si può avere quindi, della responsabilità di fronte al rapporto obbligatorio costituente la sanzione, un mero accertamento che non è condanna (cfr. nel testo, n. 3). Casomai, per definir la condanna, bisognerebbe parlare di accertamento non già di responsabilità in genere, ma in specie di *responsabilità per esecuzione* (cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo,* cit., nn. 41 e 43, in *Studi,* II, pagg. 293-300).

(25) Op. cit., pag. 118.

non è l'ordine di prestazione (che non si trova mai nella condanna penale, la quale può punire l'omicida perchè ha ucciso, ma non gli può ordinare di non aver ucciso), ma è l'assoggettamento del condannato a quelle misure coercitive, che ormai son necessarie a tutela di un interesse non più tutelabile attraverso la volontaria prestazione. Quando si concepisce la condanna come un ordine di prestazione diretto all'obbligato, perchè nella massima parte delle condanne civili la emanazione della sentenza non toglie al condannato la facoltà (che nella massima parte delle condanne penali non è neppur concepibile) di adempiere volontariamente per sottrarsi così alla esecuzione forzata, si prende come essenziale ciò che è soltanto accessorio; e si dimentica, che mentre l'ordine di prestare (già esistente, anche prima della pronuncia del giudice, nel diritto sostanziale) si concreta anche nelle sentenze di mero accertamento di un rapporto obbligatorio, — ciò che non esiste mai nelle sentenze di mero accertamento, e che costituisce quindi la *differentia specifica* delle sentenze di condanna, è quell'assoggettamento alla coazione, in forza del quale si opera, per così dire, lo spostamento della tutela giuridica dal piano sostanziale a quello processuale.

Deriva da questo che non sono sentenze di condanna (anche se nel dispositivo si adopra la parola « condannare ») quelle sentenze che contengono *soltanto* un ordine di prestazione, cioè il comando rivolto all'obbligato di adempiere volontariamente. La semplice formulazione ufficiale della concreta volontà di legge che esige *dalla volontà dell'obbligato* un determinato comportamento, non è, se allo accertamento del comando non si accompagna l'assoggettamento alla coazione e quindi la eliminazione di ogni richiamo alla volontà dello obbligato, una vera condanna in senso tecnico. La sentenza che ordina all'obbligato di compiere una determinata prestazione di natura infungibile, per la quale l'ordinamento giuridico non appresti mezzi adeguati di esecuzione forzata, *non è* una sentenza di condanna. La sentenza che condanna il pittore a eseguire il quadro o l'autore a scrivere il libro, non è una sentenza di condanna in senso proprio: essa, qualunque sia la formula che il giudice adopra nel dispositivo, è semplicemente una sentenza che accerta l'obbligo (sostanziale) di eseguire il quadro e di scrivere il libro. Questa sentenza, anche se si chiama di condanna, non ha praticamente altro effetto che quello (proprio delle sentenze di mero accertamento) di rendere indiscutibile il rapporto giuridico: ma l'obbligo, nonostante questa condanna puramente verbale, resta quello che era secondo il diritto sostanziale; rimesso alla volontà dell'obbligato e non tradotto nè traducibile, di per sè, in soggezione. Lo stesso si può dire per le sentenze cosiddette di condanna pronunciate dalle giurisdizioni amministra-

tive: anch'esse, che pur si chiamano sentenze di condanna, sono di fatto sentenze di mero accertamento, perchè manca ad esse quella possibilità di esecuzione forzata che della condanna resta il carattere essenziale ed indefettibile (26).

Resterebbe da esaminare per quali caratteri questo assoggettamento alla coazione, che è proprio delle vere sentenze di condanna, si differenzii dalla soggezione agli effetti giuridici determinati da una sentenza costitutiva, di fronte ai quali resta irrilevante la volontà contraria di coloro che si trovano costretti a subirli. Probabilmente la differenza dovrebbe ricercarsi in questa direzione: in quanto, cioè, mentre la sentenza costitutiva assoggetta a effetti giuridici *immediati*, che la stessa sentenza determina *ed attua*, la sentenza di condanna assoggetta a effetti giuridici *differiti*, che la stessa sentenza determina, ma che altri organi (esecutivi) *attueranno in un momento successivo*. Ma questo ci porterebbe in un troppo lungo discorso: qui basti accennare che l'affinità tra queste due soggezioni è rivelata da quelle teorie che vedono racchiuso nelle sentenze costitutive un elemento di esecuzione forzata (27); e che d'altra parte vi sono sentenze denominate di condanna, come quella, ad esempio, che infligge la interdizione dai pubblici ufficî (28), dalle quali sembra assai difficile dire se scaturisca una soggezione corrispondente a quella *differita* tipica delle vere sentenze di condanna, o non piuttosto a quella *immediata* che si ritiene più propriamente caratteristica delle sentenze costitutive.

---

(26) LIEBMAN, op. cit., pag. 106-107, e per ultimo FORTI, in « Foro it. », 1931, III, pag. 67-68.

(27) LIEBMAN, op. cit., pag. 118 e pag. 122: cfr. in proposito il Vol. II degli *Studi*, pag. 249.

(28) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 73; LIEBMAN, op. cit., pag. 108.

XV

PROVA TESTIMONIALE DELLA AUTENTICITÀ DI UNA SCRITTURA SMARRITA (*)

Il Tribunale di Arezzo, in una bella sentenza che si pubblica con qualche ritardo, perchè solo in questi ultimi tempi la lite ha avuto, dopo una sentenza di piena conferma della Corte di Firenze, il suo epilogo non difforme in Cassazione, si è trovato a risolvere, in tema di ammissibilità di prova testimoniale, una questione che mi lascia perplesso.

La Signora C. B., che agiva nel nome di una sua figlia naturale minorenne, reclamava dagli eredi legittimi del preteso padre naturale N. gli alimenti in conformità dell'art. 193, n. 3 cod. civ.; e chiedeva l'ammissione di una prova testimoniale per ricostruire il contenuto di una lettera (di cui esibiva copia), che il preteso padre naturale le aveva scritto al momento della nascita della figlia, asserendo che l'originale, che avrebbe costituito la « esplicita dichiarazione » di paternità richiesta dall'art. 193, n. 3 surricordato, era andato distrutto nel fortuito incendio dello studio dell'avvocato, al quale ella aveva affidato, molti anni dopo la nascita della figlia, la tutela dei suoi interessi nei confronti dell'asserto seduttore.

Il Tribunale ha dichiarato irrilevante e quindi inammissibile la prova perchè ha ritenuto che la lettera, anche se fosse stata scritta nei termini resultanti dalla copia esibita, non avrebbe costituito, data l'ambiguità delle sue espressioni, quella dichiarazione esplicita che la legge richiede; ed ha di conseguenza rigettato la domanda. Ma la difesa dei convenuti aveva eccepito anche un'altra ragione di inammissibilità della prova, che sotto l'aspetto teorico era assai più interessante, ed a cui il Tribunale non ha dato, a mio avviso, il dovuto peso.

Si trattava di ricostruire, per mezzo di testimonianze, una lettera, cioè una scrittura privata: ma la scrittura privata, per avere efficacia probatoria, dev'essere o *riconosciuta autentica* dalla parte contro la

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. X (1933), parte II, pp. 261-270; ristampato in *Studi*, III, pp. 211-219. [*Bibliografia*, n. 184].

quale si produce, o *verificata autentica* per mezzo dell'apposito procedimento stabilito dalla legge (art. 282 e segg. cod. proc. civ.). In mancanza di riconoscimento (o di preventiva autenticazione notarile della sottoscrizione) o di verificazione giudiziale, la scrittura, *anche se esiste*, non ha efficacia probatoria. Non v'ha dubbio che per l'art. 1348 del cod. civile, si può provare per testimoni la *esistenza* di un documento smarrito: ma si può anche provarne per testimoni la *autenticità*, quando questa è condizione della efficacia probatoria del medesimo?

Qui, nel nostro caso, l'efficacia obbligatoria della scrittura distrutta si faceva valere non contro l'autore della medesima, ma contro i suoi eredi, i quali, se avessero avuto sott'occhio la scrittura di cui l'attrice si faceva forte, avrebbero potuto riconoscerla, o negarne la autenticità, ovvero anche « limitarsi a dichiarare di non conoscere il carattere o la sottoscrizione del loro autore » (art. 1321 cpv. cod civile); ma, qui, gli eredi del preteso autore della scrittura non potevano riconoscere o disconoscere, o dichiarare di non conoscere, ciò che essi non vedevano, ciò che non c'era. Riconoscere o disconoscere suppone l'esistenza materiale di una scrittura, che venga offerta in originale (o magari, eccezionalmente, in copia fotografica) all'esame della persona contro cui si fa valere: la quale sia posta in grado così di riscontrare se essa presenta i caratteri calligrafici della mano del preteso autore. Ma quando la scrittura non esiste, o esiste solo in copia fatta da altra mano, ogni possibilità di riconoscimento calligrafico vien meno. Non resterebbe, in mancanza di riconoscimento, che la verificazione giudiziale (1); ma anche questa, nel modo in cui è regolata dal nostro cod. di proc. civ. presuppone la esistenza materiale della scrittura da verificare: la quale, dopo essere stata *prodotta* in giudizio (art. 283), deve essere *depositata* nella cancelleria (art. 284), di dove non può essere allontanata durante le operazioni dei periti (art. 292); se vi sono testimoni, « la scrittura controversa deve essere *presentata* ad essi perchè la sottoscrivano » (art. 294). Tutto questo dimostra che non si può verificare (come non si può riconoscere) altro che una scrittura materialmente sottoposta all'esame di chi deve osservare i tratti calligrafici: e se non si può esibire l'originale, è vano ricostruire il contenuto e porre in sua vece la copia non autografa ricostruita in giudizio, sulla quale sarebbe assurda ogni ricerca di autenticità, perchè si sa *a priori* che la copia, appunto perchè tale, è stata scritta da persona diversa dal preteso autore della scrittura originale.

---

(1) Sulla inderogabilità del procedimento fissato dagli art. 282 e segg. per la verificazione delle scritture, cfr. per ultimo Cassaz., 3ª Sez., 25 luglio 1933, in « Sett. Cass. », 1933, col. 1413; contro LESSONA, *Prove*, 3ª ed., vol. III, n. 242.

Posto dunque che di una scrittura smarrita o distrutta non è concepibile nè il riconoscimento nè la verificazione giudiziale, il Tribunale ha però ritenuto, nella sentenza annotata, che la prova della sua autenticità si possa ugualmente dare, in forza dell'art. 1348, mediante la testimonianza di persone che « bene conoscessero la calligrafia dello autore dello scritto *ed abbiano osservato le particolarità del documento con grande attenzione,* onde poterne da una parte assicurare l'autografia, dall'altra assicurare altresì che la scrittura distrutta era proprio quella originale *di cui essi constatarono l'autenticità* ».

A questo scopo infatti era stata articolata, nel caso concreto, una prova testimoniale, colla quale l'attrice tendeva a dimostrare l'autenticità della scrittura distrutta: doveva venire a deporre come testimone l'avvocato, nel cui studio la lettera era andata distrutta, per attestare che l'originale a lui consegnato, dello stesso tenore della copia rimasta in mano alla cliente, era autentico; dovevano venire altre persone a deporre che, al momento della nascita della bambina, la madre aveva ricevuto dal preteso seduttore una lettera di quel tenore, di cui essi testimoni, ai quali la donna l'aveva allora mostrata, avevano riconosciuto la calligrafia.

Senonchè sorge qui molto ovvia un'obiezione: l'ufficio di « osser- « vare... con grande attenzione... le particolarità di un documento allo « scopo di constatarne l'autenticità » è, nel sistema del nostro diritto probatorio, ufficio di testimone o di perito?

E' noto che mentre di regola il giudice è libero, nei limiti del *petitum,* di scegliere tra i varî mezzi di prova predisposti dalla legge quello che reputa più adatto al chiarimento della verità, si hanno dei casi in cui la legge, in vista di certe speciali esigenze inerenti alla natura sostanziale del rapporto controverso, traccia preventivamente al giudice, per via di *esclusione* o per via di *preferenza,* le regole ch'egli deve seguire nella scelta dei mezzi probatorî. Un caso tipico di preferenza legale a favore di un determinato mezzo di prova si ha nello art. 1533 cod. civ., il quale dispone che, nelle cause per lesione *ultra dimidium,* « la prova del valore si fa mediante perizia »: qualcosa di simile si ha per la verificazione delle scritture, nell'art. 284 cod. proc. civ., il quale, ove la prova della autenticità non possa esser raggiunta « con documenti », apertamente mostra di preferire la perizia alla testimonianza, la quale, normalmente, « non è ammessa che congiuntamente alla perizia » (art. 284) e, quando è ammessa, non può esorbitare dai temi che la stessa legge (art. 294) le assegna. La nostra legge ha dunque considerato che, quando esistono scritture di comparazione, la via più sicura per accertare la autenticità della scrittura controversa, è quella di procedere a un raffronto tra quelle e questa, per vedere se in questa si riscontrino gli inconfondibili caratteri calligrafici di quelle: e che questo raffronto non possa essere fruttuosamente effet-

tuato se non da chi, fornito di una speciale competenza tecnica per siffatte indagini, sia stato ufficialmente chiamato a compiere questa ricerca in veste di perito. Data la difficoltà tecnica di tale comparazione, nella quale si deve tener conto di finezze calligrafiche che sfuggono all'occhio del profano, la legge vuole non soltanto che essa sia compiuta da un esperto (cioè da persona fornita di una preparazione tecnica che è propria soltanto di una ristretta cerchia professionale), ma vuole altresì che questo competente presti l'opera sua in veste di perito giudiziale, cioè come ufficialmente investito di un incarico conferitogli dalla autorità giudiziaria, da esplicarsi *dopo aver prestato giuramento* (art. 259).

Bastano queste premesse a far comprendere come, in caso di smarrimento della scrittura da verificare, non possa, agli effetti del giudizio sulla autenticità, la testimonianza tener luogo della perizia.

Per dimostrar ciò, non sarebbe sufficiente richiamarsi al vecchio criterio di distinzione tra testimonianza e perizia, che considera ufficio proprio del perito la formulazione di giudizî, mentre il testimone sarebbe semplicemente chiamato a raccontar fatti: in realtà, come la dottrina ha ormai da tempo riconosciuto, anche la affermazione o la negazione di un fatto implica sempre un certo apprezzamento, cioè un giudizio, onde non è su questa linea che si può trovare logicamente il confine fra testimonianza e perizia. Il criterio differenziale è un altro: e deve essere desunto dal fatto che i giudizî formulati dal perito (come quello che la legge richiede per giudicare la autenticità di una scrittura) provengono non da un osservatore comune, ma da un osservatore *qualificato,* cioè dotato di quella speciale cultura tecnica che gli permette di vedere ciò che i profani non vedrebbero. Quando, discutendosi la autenticità di una scrittura distrutta, venga un testimone a deporre di averla vista prima della distruzione e di aver potuto riconoscere in essa il carattere autografo dell'autore, questo suo giudizio non ha la attendibilità tecnica che è inerente ai giudizî di un esperto, e non può quindi tener luogo della perizia; ma quand'anche, per una singolare coincidenza, il testimone che viene a deporre come tale avesse per avventura proprio quella stessa specifica preparazione tecnica che si sarebbe richiesta in un perito (supponiamo che colui al quale la donna fece legger la lettera del preteso seduttore, fosse, per singolare combinazione, un professore di calligrafia!), neanche questa testimonianza di un esperto potrebbe tener luogo della perizia giudiziale richiesta dalla legge. La attendibilità della perizia deriva non tanto dal fatto che il perito è un tecnico, quanto dal fatto che egli compie le sue osservazioni in esecuzione di un incarico che gli è stato dato dal giudice, e in adempimento di un dovere che egli ha solennemente assunto col giuramento. Anche il perito può in certi casi (quando non sia chiamato soltanto ad assistere il giudice nelle sue ispezioni, o a fornirgli

massime di esperienza che il giudice applicherà da sè ai fatti accertati) aver l'incarico di osservare direttamente, come un testimone, certi fatti, per narrarli al giudice così come li ha visti (2): ma mentre il testimone, nel momento in cui osservava, non faceva ciò in esplicazione di un dovere d'ufficio, ed in giudizio ha solo il dovere di fedelmente riferire ciò che ha *liberamente* osservato, il perito ha non solo il dovere di riferire fedelmente i resultati delle sue osservazioni, ma altresì *il dovere di fedelmente osservare i fatti su cui deve riferire. Il testimone riferisce perchè ha osservato, il perito osserva per riferire.* Non per nulla il testimone giura dopo che ha osservato, mentre il perito giura prima di cominciare ad osservare: può darsi che, dal punto di vista psicologico, testimone e perito osservino e riferiscano nello stesso modo; ma il dovere di attenzione e di fedeltà comincia per il perito prima che per il testimone, cioè *in una fase più arretrata* di quella operazione logica attraverso la quale l'uno e l'altro giungono a riferire al giudice ciò che hanno osservato. Il perito è non soltanto un osservatore *tecnico,* ma anche un osservatore *ufficiale*: e se anche, per eccezionale avventura, il testimone si sia trovato ad esser fornito di quella preparazione tecnica che in concreto si richiede al perito, le osservazioni che egli ha potuto fare aiutato da tale preparazione non hanno la attendibilità di quelle fatte dal perito, perchè esse si sono svolte prima e fuori del processo, quando l'osservatore non era ancora investito di quell'incarico ufficiale, che impone al perito di concentrare la propria attenzione sui quesiti postigli e di controllare diligentemente la esattezza delle sue percezioni. La distinzione tra testimone e perito, nei casi in cui anche il perito sia chiamato a compiere osservazioni dirette sui fatti, si basa non soltanto nella contrapposizione tra osservatore *comune* e osservatore *tecnico,* ma anche in quella tra osservatore *privato* e osservatore *ufficiale.* Per una ragione analoga le osservazioni di fatto, compiute direttamente dal giudice, non possono essere utilizzate nel processo quando il giudice le ha fatte come privato, mentre hanno il massimo di attendibilità quando, attraverso la ispezione giudiziale, siano state compiute dal giudice in veste ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni.

* * *

Si deve dunque concludere che quando è controversa la autenticità di una scrittura smarrita o distrutta, il giudizio del testimone, osservatore non tecnico ed in ogni caso non ufficiale, non possa in nessun caso sostituire il giudizio del perito giudiziale, al quale solo la legge si affida. Senonchè la stessa legge ammette che, nel procedi-

---

(2) Cfr. ampiamente CARNELUTTI, *Prova civile,* pagg. 95-107.

mento di verificazione delle scritture, la testimonianza, purchè congiunta colla perizia, possa avere una sua utilità: e perfino prevede che in certi casi, quando la perizia « sia impossibile per difetto di scritture di comparazione » (art. 284 cpv. 1°), la prova testimoniale possa essere ammessa disgiuntamente da quella.

Può parere, a prima vista, che questa disposizione sconvolga la nostra tesi: se può bastare la sola prova testimoniale a dimostrare la autenticità di una scrittura quando la perizia è impossibile per mancanza di scritture di comparazione, *a fortiori* la stessa prova deve bastare quando la perizia è resa impossibile dalla mancanza della stessa scrittura da verificare! Ma, in realtà, l'art. 284 cpv. 1° non serve che a confermare la esattezza della nostra conclusione, ove sia integrato colla disposizione dell'art. 294, secondo la quale « quando la parte proponga « di provare la verità della scrittura col mezzo di testimoni, possono « essere esaminati coloro che abbiano veduto scrivere o firmare la scrit- « tura controversa, o abbiano cognizione di fatti che possano servire « allo scoprimento della verità ». Questo articolo chiaramente significa che, nei giudizî di verificazione, i testimoni non sono chiamati a fare apprezzamenti calligrafici di autenticità sulla scrittura controversa, o a riferire (se si tratta di scrittura distrutta) l'apprezzamento che essi ne fecero quando ebbero occasione di vederla prima della distruzione; ma sono chiamati soltanto a riferire al giudice altre circostanze, dalle quali il giudice possa, indipendentemente da ogni considerazione tecnica basata sull'aspetto calligrafico della scrittura, desumere per altra via la autenticità della medesima. Un esempio tipico di queste *altre circostanze* che possono servire a dimostrare l'autenticità della scrittura all'infuori di ogni considerazione calligrafica, è dato dallo stesso art. 294, quando ammette la testimonianza di « coloro che abbiano veduto scrivere o firmare la scrittura controversa » (3): se autenticità di una scrittura significa « corrispondenza fra l'autore *apparente* e l'*autore reale* » (4), è evidente che nessun esame calligrafico, compiuto sulla scrittura già distaccata dal suo autore, può dare sulla sua autenticità lo stesso grado di sicurezza che deriva dall'aver assistito alla creazione della scrittura, e dall'aver constatato che il suo autore *reale*, quello che l'ha materialmente redatta, era proprio colui che sulla scrittura figura come autore apparente: come, in una causa per reclamo di maternità, nessuna indagine tecnica sulle somiglianze somatiche tra madre e fi-

---

(3) Cfr. sulla Nov. 73 *de instr. caut. et fide*, che ammetteva nella verificazione della scrittura la testimonianza di coloro, alla presenza dei quali la scrittura era stata redatta, Basotti, *La verificazione delle scritture nel processo civile* (Milano, 1905), pag. 11.

(4) Carnelutti, *Prova civile*, pagg. 199-200.

glio, varrebbe, per la identificazione di questo, più della semplice testimonianza della levatrice che ha assistito alla nascita!

Ma vi possono essere anche altre circostanze che, riferite al giudice possono, come dice l'art. 294, « servire allo scoprimento della verità ». Si pensi, per fare un altro esempio, al riconoscimento della propria scrittura che l'autore della medesima abbia fatto alla presenza di terzi: se questi verranno, nel procedimento di verificazione, a deporre la circostanza del riconoscimento, la loro testimonianza potrà, indipendentemente da ogni apprezzamento calligrafico, fornire un indizio di autenticità della scrittura (art. 1358 cod. civ.) come testimonianza di una confessione stragiudiziale.

In questi casi, *ma solo in questi,* la prova testimoniale può servire non solo per ricostruire il contenuto di una scrittura distrutta, ma anche per dimostrarne, nei confronti degli eredi di colui che l'ha redatta, la autenticità: il che significa, in altri termini, che per provare la autenticità: il che significa, in altri termini, che per provare la autenticità di una scrittura distrutta, l'art. 1348 cod. civ. può servire soltanto nei limiti stabiliti dall'art. 294 cod. proc. civ. (5). Tutte le volte in cui i testimoni sarebbero chiamati soltanto a riferire la impressione di autenticità da essi ritratta dall'esame calligrafico della scrittura, la testimonianza non può supplire alla perizia resa impossibile dalla distruzione della scrittura: e deve pertanto considerarsi inammissibile (6). Nè ci vuole molta fatica a persuadersi della saggezza di questa soluzione: chi ha un po' di pratica di perizie calligrafiche, sa quanto sia arduo, anche per chi abbia una speciale competenza in materia, pronunciarsi con sicurezza sulla autenticità di una scrittura: è ben naturale che, se c'è così poco da fidarsi di meditati giudizî, formulati da periti competenti ed attenti, nessuna fiducia possa essere accordata alle vaghe impressioni di testimonî, che malamente ricordano, forse a distanza di anni, fuggevoli osservazioni fatte senza preparazione tecnica e senza serietà di attenzione. Clamorosi casi giudiziarî, da quello celebre di Martin Guerre (7) a quello recente dello « sconosciuto » di Collegno, dimostrano quanto siano fallaci i riconoscimenti di persone basati soltanto sulle apparenti rassomiglianze somatiche: ma, se è pericoloso credere a un testimone che afferma di avere riconosciuto la

---

(5) In questo senso ritengo dunque che debba essere limitata la opinione del Toullier, riportata e confutata da Lessona, *Prove,* 3ª ed., vol. IV, n. 147.

(6) Il Barsotti, op. cit., pag. 105, ritiene invece ammissibile anche la testimonianza cosidetta « di nota mano ».

(7) Sul quale conf. Praviel, *L'incroyable odyssée de Martin Guerre,* Paris, 1933.

fisionomia di un uomo, più pericoloso sarebbe (e l'art. 294 ha voluto appunto evitare questo pericolo) credere al testimone che afferma alla leggera di aver riconosciuto gli arabeschi di una calligrafia (8)!

---

(8) In certi casi la giurisprudenza ha ammesso che, quando sia distrutto l'oggetto su cui il perito dovrebbe esser chiamato a fare i suoi rilievi tecnici, possa il giudice servirsi degli apprezzamenti tecnici di testimoni che abbiano osservato la cosa prima della sua distruzione: così nel caso di controversia su campione disperso o consumato (cfr. per ultimo App. Milano, 15 aprile 1932, in « Riv. dir. comm. », 1932, II, pag. 506, e ivi i richiami in nota). Ma in questi casi la ammissibilità di tali *testimonianze tecniche* (cfr. CARNELUTTI, *Prova civile*, pag. 172) non urta contro alcun divieto legale, simile a quello che in tema di verificazione di scrittura si legge nell'art. 249 cod. proc. civile.

XVI

LA CONDANNA « GENERICA » AI DANNI (*)

SOMMARIO: 1. Separazione consuetudinaria del giudizio di danni in due fasi; sue ragioni pratiche. — 2. Suo svolgimento nella giurisprudenza. — 3. Giurisprudenza della Suprema Corte: la condanna « generica » ai danni. — 4. La distinzione delle due fasi, come separazione di decisioni su questioni diverse. — 5. Inseparabilità logica del giudizio sulla esistenza da quello sulla quantità del danno. — 6. Distinzione tra danno generico e danno specifico nella giurisprudenza: principî stabiliti in tema di giudicato e di prova. — 7. Indagine di verosimiglianza e indagine di verità sulla stessa questione. — 8. La cosiddetta condanna « generica » è una sentenza di mero accertamento. — 9. Critica alla opinione del Vassalli, che la classifica tra le condanne condizionali. — 10. Casi di cognizione di verosimiglianza a scopo cautelare. — 11. Scopo cautelare della condanna generica ai danni. — 12. Applicazioni.

1. — Nella pratica giudiziaria, nella quale, come direbbe Amleto ai teorici del processo, « esistono molte più cose di quante non pensi la vostra filosofia », si è formata da tempo sul margine delle leggi la consuetudine, sulla legittimità della quale a nessun avvocato verrebbe in mente di dubitare, di scindere la cognizione sulle azioni di risarcimento di danno in due fasi, anzi in due separati processi, uno destinato ad accertare se il convenuto debba giuridicamente rispondere dell'ipotetico danno (*an debeatur*), e l'altro successivo, destinato ad accertare in concreto l'ammontare del danno, di cui il convenuto è già stato ipoteticamente dichiarato responsabile (*quantum debeatur*).

Tale scissione del giudizio di danni in due fasi, ormai talmente penetrata nelle abitudini dei pratici da fare apparire come rarità giudiziarie i casi in cui in uno stesso atto di citazione siano contemporaneamente domandate la dichiarazione di responsabilità e l'accertamento del danno, senza la riserva di stile della « liquidazione in separata

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. X (1933), parte I, pp. 357-387; ristampato in *Studi*, III, pp. 221-252. Tradotto in lingua spagnola da Santiago SENTÍS MELENDO, in appendice al volume di P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 149-179. [*Bibliografia*, n. 185].

sede », ha incontrato da tempo il favore del foro, per una serie di considerazioni, più psicologiche che giuridiche, che solo in parte si possono apertamente confessare. Tra le ragioni confessabili vi è certamente quella della maggior semplicità e snellezza che presenta il giudizio sull'*an debeatur*, quasi sempre concentrato in una questione di diritto, in confronto del giudizio sul *quantum*, appesantito e complicato nella massima parte dei casi da conteggi e da inchieste tecniche di lunga indagine: sicchè può essere opportuno affrettarsi a provocare una decisione sul primo punto, che in caso di sconfitta costerà meno, e in caso di vittoria darà modo al danneggiato di prender subito, in attesa della lenta liquidazione, misure cautelari adeguate, e gli agevolerà, una volta affermata giudizialmente la responsabilità del convenuto, la transazione amichevole sull'ammontare dei danni (anzi ritengo che proprio quest'ultimo sia, nell'interesse pubblico della semplificazione giudiziaria e della diminuzione della litigiosità, il vantaggio più cospicuo della separazione dei due giudizî: se fosse possibile avere in proposito esatti dati statistici, si vedrebbe che buona parte delle aioni di risarcimento si fermano alla prima fase, la quale basta a indurre le parti ad accordarsi per evitar la seconda).

Ma nel fenomeno giuocano certamente anche altre ragioni meno confessabili: ottenere una dichiarazione generica di responsabilità, rimandando a un secondo tempo la dimostrazione del danno effettivamente risentito, può essere, per il litigante di mala fede, un espediente ricattatorio destinato a intimidire il responsabile ed a strappargli più di quello che in un giudizio di liquidazione risulterebbe dovuto; nè si deve dimenticare che cosiffatti sdoppiamenti processuali di una causa sostanzialmente unica sono favoriti da una certa mentalità curialesca, la quale stima che anche nel processo si possa utilmente applicare, con minor fatica e maggior guadagno, quella tattica di affrontare i nemici, ed anche le questioni giuridiche, alla spicciolata, che risale, come ognun sa, alla tenzone degli Orazi e Curiazi.

2. — Quantunque nel nostro diritto positivo nessuna disposizione espressamente disciplini questa scissione del giudizio di danni in due processi (solo l'art. 677, n. 9 del cod. di comm. allude al caso in cui si abbia una « sentenza di condanna al risarcimento dei danni, ma questi non siano ancora liquidati »), la giurisprudenza l'ha ammessa senza discussione: e se il recente codice di procedura penale, nel saggio proposito di eliminare gli abusi a cui hanno sempre dato luogo le condanne al risarcimento dei danni pronunciate dal giudice penale con riserva di liquidazione in sede civile (cfr. art. 430 del cod. proc. pen. abrogato), ha cercato in un primo momento di vietare in ogni caso la separazione delle due fasi (art. 26), in realtà la disposizione

dell'art. 489, che ha riconosciuto in certi casi al giudice la facoltà di rimettere alla sede civile la liquidazione dei danni, ha talmente attenuato il rigore di quel divieto, da far pensare che la pratica non abbia risentito un mutamento sensibile da questa riforma (1).

Bisogna considerare, d'altronde, che, anche in mancanza di disposizioni positive, la separazione del giudizio di danni in due fasi trova (al pari dell'azione di mero accertamento, concepita come mezzo generale d'attuazione della legge) esauriente giustificazione nel principio dell'interesse ad agire: spetta alle parti determinare il *thema decidendum* da sottoporre al giudice; e se le parti in un primo tempo ritengono utile limitare la controversia al solo punto dell'*an debeatur*, non potrebbe il giudice rifiutarsi di prendere in esame questa richiesta, se nel commercio giuridico anche una pronuncia limitata a questo punto può presentare, come sopra si è visto, una effettiva utilità, e quindi apparir come idonea a sodisfar l'interesse di chi la richiede (2).

Ma, pur ammettendo in generale la legittimità di cosiffatta separazione, la giurisprudenza ha cercato, per tentar di attenuarne gli inconvenienti senza distruggerne i vantaggi, di disciplinarne l'esercizio: e sopra tutto ha dato autorevole impulso a tale disciplina la Corte di Cassazione, la quale, nel decennio dalla sua unificazione, ha cercato, in centinaia di pronuncie di cui solo una parte appariscono sui repertorî, di fissare i caratteri e le condizioni di quella pronuncia separata sull'*an debeatur*, che ormai nella pratica è conosciuta colla denominazione, che nessuno sospetta possa mascherare una *contradictio in adiecto*, di « condanna generica ai danni ».

A dieci anni da quella provvida unificazione della Suprema Corte, che, nonostanti facili critiche, non ha deluso le speranze dei suoi fautori, è possibile rendersi conto della forte impronta lasciata, nei più disparati campi del diritto, dalla funzione regolatrice del Supremo Collegio. Non si contano gli istituti giuridici che, trascurati un tempo dalla dottrina o annebbiati dalla disformità delle opinioni, si precisano e si chiariscono oggi attraverso le sue pronuncie, inspirate dalle vive necessità della pratica: è tra questi la « condanna generica ai danni », istituto che potrebbe esser citato come esempio tipico di creazione puramente giurisprudenziale.

3. — Nella concezione della Suprema Corte, la pronuncia separata sull'*an debeatur* ha la natura di una sentenza di *condanna*: è questa una premessa preliminare, sulla esattezza della quale non sembra sia mai sorta discussione.

Da questa premessa il Supremo Collegio ha cominciato, circa

(1) Cfr. in proposito MANZINI, *Dir. proc. pen.*, I, pag. 304 e segg.

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, pag. 20.

dieci anni fa, a trarre la conseguenza, che si è venuta poi sempre meglio delineando nella sua giurisprudenza degli anni successivi, che per ottenere la decisione separata sull'*an debeatur* non basti, come fino a quel tempo si era prevalentemente ritenuto, dimostrare soltanto la esistenza di una ipotetica responsabilità per un danno meramente possibile, destinata ad integrarsi e a concretarsi in sede di liquidazione colla dimostrazione del danno effettivamente sofferto (3), ma occorra altresì dimostrare fin da questa prima fase la *effettiva sussistenza del danno,* riservando alla fase di liquidazione soltanto l'accertamento quantitativo del danno *già dimostrato sussistente.*

A fissare questo principio, che al suo apparire, nel 1924, trovò la fervida adesione di uno studioso serio come il VASSALLI (4), la Corte Suprema fu tratta, a quanto appare dalle motivazioni delle sue prime pronuncie in questo senso, da un doppio ordine di considerazioni. Sotto l'aspetto dogmatico, essa osservò che il diritto al risarcimento dei danni, senza distinguere se basato sull'art. 1151 o sull'art. 1218 cod. civ., ha sempre tra i suoi fatti costitutivi essenziali la esistenza di un danno effettivo: talchè non si può decidere se questo diritto sussista, senza aver la prova della sussistenza del danno. D'altra parte, sotto l'aspetto processuale, la Corte considerò « in contrasto con la praticità ed economia dei giudizî l'aprire l'adito senza ponderazione alcuna a quello di liquidazione, salvo poi a dire che non ne era il caso » (5).

Questi due ordini di considerazioni avrebbero dovuto logicamente portare la Corte a negare in ogni caso la legittimità della scissione del giudizio di danni in due processi: ma il Supremo Consesso, invece di respingere in pieno questa separazione ormai invalsa nella pratica, ritenne miglior partito tentare di temperarne gli inconvenienti: e a tale scopo, pur esigendo che nella prima fase, quella sull'*an debeatur,* fosse data la prova del danno, elemento essenziale del diritto al risarcimento, si contentò di una prova data « almeno in modo gene-

---

(3) Cfr., oltre le numerose decisioni delle Corti di merito che in questo senso si trovano ancora nel 1925 (cfr. « Rep. Foro it. », 1925, v. *Danni,* nn. 9-14), la giurisprudenza della stessa Corte Suprema fino alla decisione del 23 ottobre 1924 (pres. Venzi), colla quale si osservava non essere esatto che per decidere sull'*an debeatur* fosse necessario provare la sussistenza del danno « giacchè basta che dal fatto del quale si è dichiarato responsabile *possano* derivare danni... » (in « Corte di cass. », 1925, pag. 30).

(4) *Sulla condanna ai danni salvo liquidazione,* in « Corte di cass. », 1924, pag. 424 e segg.; cfr. anche, recentemente, il SIMONCELLI (D.), in « Foro it. », 1932, I, col. 258 e segg., con riferimenti di giurisprudenza anche anteriore al 1924.

(5) Cfr. le prime sentenze in questo senso 7 marzo, 26 marzo, 8 aprile 1924, in « Corte cass. », 1924, pagg. 325, 326, 362, 424; 22 giugno 1925, in « Foro it. », 1925, pag. 932 (da cui è tolto il passo riportato nel testo).

rico » (6), con riserva al separato giudizio sul *quantum* della prova specifica del danno effettivamente risentito.

Fu aperto così l'adito alle dispute, che da allora ogni giorno si rinnovano nella pratica giudiziaria, sulla esatta portata di questa prova « generica » del danno, da darsi nel giudizio sull'*an debeatur*: e si cominciò a parlare di danno « generico » come di entità contrapponibile al danno specifico, e di questa cosiddetta condanna « generica » ai danni, intorno alla cui natura non mi pare che neanche la giurisprudenza della Suprema Corte abbia finora trovato il suo definitivo equilibrio.

Una prova del disagio in cui la stessa Cassazione si è trovata e si trova per fare aderire agli innumerevoli aspetti della pratica questo principio da essa per la prima volta formulato, si riscontra nella veramente straordinaria copiosità di giudicati che intorno ad esso continuano a formarsi presso le Corti di merito e presso il Supremo Collegio; a chi passi in rassegna, a dieci anni di distanza, i repertorî e i massimarî di giurisprudenza sotto la voce *Danni*, può sembrare che in questo decennio i giudici e gli avvocati non abbiano trovato di meglio da fare che speculare sul danno « generico » e sui mezzi meglio adatti a provarlo!

Si cominciò dall'affermare che nel giudizio sull'*an debeatur* si deve dare la prova « almeno in modo generico » della sussistenza del danno, e insieme del rapporto di causalità intercorrente tra l'illecito e il danno (7). Ma poi si cercò di attenuare la portata di questa massima, riconoscendo che, per certe categorie di fatti, la sussistenza di un danno, e la sua diretta derivazione dall'illecito, è senz'altro da presumersi: come sarebbe per la inadempienza contrattaule, la quale « in materia commerciale produce sempre una diminuzione di lucro e quindi un danno » (8), o anche per certi illeciti estracontrattuali che siano normalmente ritenuti come *intrinsecamente dannosi* (9), o come tali da far presumere che il danno sia *in re ipsa* (10), o, come altra volta si trova detto, conseguenza *implicita e necessaria* del fatto dannoso (11). Ma non mancano altre decisioni anche recenti le quali riaf-

---

(6) La frase è nella sentenza del 7 marzo 1924, sopra citata.

(7) Cassaz., 26 marzo 1924, in « Corte di cass. », 1924, pag. 362.

(8) Cassaz., 19 novembre 1927, in « Rep. Foro it. », 1927, v. *Danni*, n. 4; Cassaz., 17 dicembre 1930, in « Rep. Foro it. », 1930, stessa voce, nn. 1, 2, 3.

(9) Cassaz., 11 aprile 1927, in « Rep. Foro it. », 1927, v. *Danni*, n. 10.

(10) Cassaz., 15 febbraio 1928, in « Rep. Foro it. », 1928, v. *Danni*, n. 10; 7 marzo 1933, in « Mass. Foro it. », 1933, col. 188; Sez. Un., 13 giugno 1933, in « Mass. Foro it. », 1933, col. 438.

(11) Cassaz., 26 luglio 1927, in « Foro it. », 1927, I, 192.

fermano invece che anche in caso di colpa contrattuale è necessaria, nel giudizio sull'*an debeatur*, la prova generica del danno (12), e che non basta mai, in nessun caso, la sola astratta possibilità di danno (13): cosicchè riesce molto arduo estrarre un sistema di principî sicuri da questa congerie sempre crescente di decisioni apparentemente contraddittorie, ciascuna delle quali si giustifica forse in base a valutazioni di specie, che sfuggono nella formulazione della massima.

Le difficoltà si accrescono quando si tratta di stabilire i rapporti tra la prova del danno generico da darsi nel giudizio sull'*an debeatur* e quella del danno specifico da darsi nel giudizio di liquidazione; nonchè i limiti oggettivi in cui la condanna « generica » ai danni possa costituir giudicato per la successiva valutazione del *quantum*. Ma su questi punti nevralgici della giurisprudenza tornerò più avanti di proposito: qui mi basti solamente osservare che, se la introduzione nel nostro diritto del concetto di condanna « generica » ai danni è stata originariamente suggerita dal sano proposito di reprimere la litigiosità e di favorire la economia dei giudizî, non pare, a giudicar dai repertorî di giurisprudenza, che questo scopo sia stato raggiunto. Anzi, se si deve credere alle apparenze, si direbbe che questa ricerca preliminare del danno « generico » abbia servito, anzichè a semplificare i processi, a dare agli avvocati una buona occasione per istituire, sulla soglia di ogni giudizio di risarcimento, un di quegli ingegnosi tornei di sottigliezze, che servono mirabilmente ad arrivare in Cassazione prima di aver cominciato a discutere sulla sostanza della causa.

4. — Per rintracciare (in quanto vi siano) le basi scientifiche di questa elaborazione giurisprudenziale, da cui è sorta la condanna « generica » ai danni, è opportuno ricordare quali erano i tradizionali confini tra il giudizio sull'*an debeatur* e quello sul *quantum*, prima che dalla recente giurisprudenza il territorio del primo fosse stato allargato anche alla ricerca del cosiddetto danno generico.

E' noto che la fattispecie, da cui sorge a carico del responsabile l'obbligo di risarcire un danno, resulta dal concorso di svariati elementi costitutivi: i quali, se nella dinamica del diritto non possono, più degli organi di un corpo vivo, esser separati, sono stati da tempo sottoposti ad accurata dissezione sul tavolo anatomico della dottrina, specialmente civilistica, la quale, con grande sottigliezza di analisi, se non con altrettanta concordanza di conclusioni (e sopra tutto di terminologia), ha isolato il fatto dannoso dalla lesione di interesse (*danno*)

---

(12) Cassaz., 7 marzo 1931, « Rep. Foro it. », v. *Danni*, nn. 9, 10, 11.

(13) Cassaz., 12 gennaio 1931, « Rep. Foro it. », 1931, stessa voce, n. 8.

che esso produce, e nel fatto ha separatamente considerato la illegittimità oggettiva dell'azione (*iniuria*) dalla volontà del soggetto agente (*colpa*), ed ha studiato sotto l'aspetto oggettivo e sotto l'aspetto soggettivo il nesso di causalità tra l'illecito e il danno, spingendosi talvolta a distinzioni così capillari che hanno provocato di recente la reazione di autorevoli studiosi (14).

Questa paziente fatica della dottrina civilistica, volta ad isolare a scopo di studio i varî fatti costitutivi, inseparabili nella realtà, del diritto di risarcimento, ha avuto la sua ripercussione nella pratica processuale; in cui si è trovato opportuno (per le ragioni già accennate all'inizio di questo scritto) di considerare gli elementi costitutivi della unica fattispecie come scissi in due gruppi, e di dedicare all'accertamento giudiziale di ciascun gruppo un apposito processo. In questo modo, pur essendo unico il rapporto giuridico da accertare ed unico il diritto da far valere, l'accertamento dei suoi fatti costitutivi veniva fatto in due tappe, ciascuna destinata a conoscere di una porzione *diversa* della stessa fattispecie: dalla riunione dei due giudicati, quasi si direbbe dal perfetto combaciare di essi sulla linea di frattura, l'intero rapporto risultava chiarito, ed alla fine della seconda tappa era possibile decidere se ed in quale misura sussistesse il preteso diritto al risarcimento.

Il criterio di repartizione nelle due fasi processuali degli elementi costitutivi da accertare, potè variare secondo i casi. Talvolta, specialmente quando, proponendosi un'azione di danni contro la pubblica amministrazione, la competenza sulla colpa poteva spettare a una giurisdizione diversa da quella competente a decidere sulla illegittimità (15), la prima fase del giudizio di danni fu limitata all'accertamento di questo solo estremo oggettivo (*iniuria*), rinviandosi alla seconda non solo la cognizione sul danno, ma anche quella sulla colpa (16); ma più di frequente si comprese nella prima fase, quella sull'*an debeatur*, anche l'accertamento degli elementi soggettivi attinenti alla imputabilità ed alla colpa, riservandosi alla seconda fase soltanto l'accertamento del danno. In questo senso il CARNELUTTI definisce il contenuto delle due fasi del giudizio di danni: « la prima destinata all'accertamento generico della responsabilità (« *an debeatur*), la seconda alla liquidazione dell'indennizzo (*quantum debeatur*) » (17); e lo stesso criterio

---

(14) Cfr., per tutti, CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, pag. 60.

(15) CAMMEO, *Comm.*, pag. 884, nota 1; cfr. anche, sull'argomento, MORTARA, *Comm.*, I, n. 210.

(16) CAMMEO, *op. cit.*, pag. 884, testo: « ... nella prima si accerta l'illegit- « timità, non si esamina la responsabilità, cioè l'obbligo di sopportare le conse- « guenze del fatto, e nella fase successiva il danno è elemento costitutivo di tale « obbligo e del corrispondente diritto fatto valere ».

(17) *Lezioni*, IV, pag. 19.

di ripartizione par che si possa desumere dall'art. 27 del vigente cod. proc. pen., nei casi in cui il giudice penale rimette a quello civile la sola liquidazione dei danni in conformità dell'art. 489.

Ma, comunque potesse variare il criterio di ripartizione, due punti sembravano in ogni caso ben fermi: primo, che le due fasi del giudizio di danni dovessero avere ciascuna un campo di cognizione nettamente distinto, per evitare duplicazioni e sovrapposizioni di indagini (che avrebbero tolto ogni utilità a questa scissione processuale) sullo stesso elemento costitutivo: secondo, che la indagine sull'elemento danno dovesse essere riservata *per intero* alla seconda fase.

Il primo punto si desume dallo stesso insegnamento del CARNELUTTI, il quale, considerando la scissione del giudizio di danni in due processi come un esempio di quel fenomeno che egli chiama la *formazione progressiva della decisione*, osserva che tale scissione è consigliata « dalla convenienza di guadagnar la decisione progressivamente, affrontando *uno per uno* i nuclei principali di questioni » (18): il che significa che ciascuna fase, pur decidendo sulla stessa *lite*, deve avere per oggetto di accertamento un proprio e distinto « nucleo di *questioni* », ossia, per adoprare la terminologia comune, che a ciascuna fase deve corrispondere una diversa azione, idonea a produrre giudicato nei limiti della domanda.

E in quanto al secondo punto, esso è sembrato fino a pochi anni fa così sicuro ed ovvio, che a nessuno è mai venuto in mente, fino alla recente giurisprudenza sulla condanna « generica » ai danni, di mettersi a discuterlo: se la scissione del giudizio in fasi diverse è derivata dalla opportunità di separare la indagine processuale su elementi *diversi* della stessa fattispecie, la dottrina, pur nella sua esasperata tendenza all'analisi, non è mai giunta a pensare che nella fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento entrino come elementi distinti *l'esistenza* del danno e la *quantità* del danno, e che sia, non diciamo utile, ma addirittura possibile, separare l'indagine sul danno in due distinti problemi, da affidarsi a due giudici diversi!

5. — A questa suddistinzione dell'indagine sul danno in due diverse questioni è giunta appunto, in quest'ultimo decennio, la Corte Suprema; la quale, colla giurisprudenza precedentemente ricordata, ha introdotto questo principio: che nel giudizio sull'*an debeatur* non basta accertare la illegittimità oggettiva dell'atto e la responsabilità soggettiva dell'agente, ma occorre altresì indagare *sulla esistenza del danno*, riservandosi alla fase successiva di liquidazione soltanto l'ac-

---

(18) Op. loc. cit..

certamento della *misura* (*quantum*) del danno *già precedentemente riconosciuto esistente.* L'accertamento dell'unico elemento danno viene così frazionato in due distinte questioni: una affidata ad un giudice (quello dell'*an debeatur*) che deve decidere *se un danno* civile *esiste;* l'altra, affidata ad un giudice diverso (quello della liquidazione) che deve decidere *qual è l'ammontare del danno.* La contrapposizione tra danno « generico » e danno « specifico », introdotta così nella terminologia pratica, ha dunque, nel pensiero della Suprema Corte, questo significato: *generico* è il danno già riconosciuto esistente, ma non ancora determinato nella sua quantità: *specifico* è il danno accertato anche nei suoi limiti quantitativi.

Sulla separazione di queste due questioni (*esistenza* del danno; *quantità* del danno) la Corte di Cassazione ha faticosamente costruito l'istituto della condanna « generica » ai danni: i caratteri processuali della quale, spesso, come tra poco cercherò di mostrare, sorprendenti, non si possono intendere se non ponendo come premessa la *separabilità logica di quelle due questioni.*

Senonchè proprio questo è il punto che occorre innanzitutto chiarire: si tratta proprio, quando si parla separatamente di *esistenza* e di *quantità* del danno, di due questioni logicamente separabili? O non si tratta in realtà di una questione sola, presentata sotto due diverse forme? La possibilità giuridica di dedicare due diverse fasi processuali, o addirittura due diversi processi, alla cognizione di due diverse questioni attinenti allo stesso rapporto controverso, presuppone che tale frazionamento di indagine non urti contro le leggi fondamentali della logica; non sarebbe lecito, ad esempio, nel processo più che nel ragionamento comune, scindere in due capi distinti la stessa questione solo perchè essa fosse successivamente presentata in due diverse forme grammaticali; come se, dopo aver esaminato « se il danno *esiste* » si volesse poi distintamente esaminare « se il danno *non esiste* ». Questi due quesiti, quantunque grammaticalmente differenti, perchè posti il primo in forma positiva e il secondo in forma negativa, non sono in realtà, com'è facile intendere, che due diversi aspetti, il diritto e il rovescio per così dire, di una questione unica: nell'affermazione della esistenza c'è implicita la negazione della non esistenza, e nella soluzione del primo quesito è compresa inseparabilmente la risposta al secondo.

Allo stesso assurdo logico giungerebbe chi credesse di poter separare in ogni caso il giudizio sulla esistenza dal giudizio sulla quantità. L'esistenza e la quantità non sono due attributi indipendenti, dei quali, con riferimento allo stesso soggetto, l'uno possa essere affermato e l'altro negato. Quantità è misura di esistenza; e come col negare la esistenza è negata implicitamente la quantità, così la esistenza non

può essere affermata se non entro certi limiti, il riconoscimento dei quali implica un giudizio di quantità. Queste premesse potrebbero anche non essere esatte nel campo della astratta speculazione filosofica; ma per chi, come il giudice, sia chiamato a risolvere empiricamente problemi concreti, qual è quello dell'accertamento dei danni da risarcire, può essere guida sufficiente anche la modesta logica di tutti i giorni.

Ciò premesso, non si nega che anche nel processo possano esservi casi in cui si presenta, senza cadere nell'assurdo logico, la opportunità di separare la indagine sulla esistenza dalla indagine sulla quantità, tutte le volte in cui essendo la prima ricerca indirizzata ad accertare l'esistenza di un'*universitas* o in genere di un oggetto complesso materialmente percepibile nel suo insieme, la seconda si limiti al computo o alla valutazione delle parti che lo compongono; qui il giudizio affermativo sull'esistenza dell'oggetto complesso (un gregge, un bosco, una eredità) implica già l'affermare di un *quantum* indeterminato, che sarà determinabile, ma non riducibile a zero, in sede di liquidazione: accertata l'esistenza di un bosco, la successiva indagine sul numero degli alberi che lo compongono non potrà portare ad accertare che non esiste neanche un albero, perchè, se neanche uno ne esistesse, neppure sarebbe stato possibile nella fase antecedente l'accertamento della esistenza di un bosco, cioè di una pluralità di alberi.

Ma, nel nostro caso, l'esito positivo della indagine sulla esistenza del danno che, secondo la Suprema Corte, è compresa nel giudizio sull'*an debeatur*, non esclude (lo vedremo meglio tra poco) che dalla successiva indagine quantitativa in sede di liquidazione possa resultare che il *quantum* è zero: il giudice della prima fase si affatica così ad accertare che il danno esiste, ma lascia libero il giudice della liquidazione di accertare più precisamente che il danno esiste... in quantità inesistente. Il problema della *quantità* del danno, posto al giudice della seconda fase, ripresenta così, solo con qualche apparente variazione di parole, lo stesso problema della *esistenza* del danno, già risolto dal giudice della prima fase. Negando la quantità, non si nega un attributo accidentale di un soggetto che, anche in mancanza di tale attributo, possa continuare ad esistere; ma si nega addirittura il soggetto. A voler adoprar la terminologia della vecchia logica scolastica, si potrebbe dire che distinguere il giudizio sulla esistenza dal giudizio sulla quantità del danno, significa confondere l'accidente coll'essenza!

6. — Quale sia la portata pratica di tale confusione apparisce facilmente a chi tenga presenti alcuni principî fissati in proposito dalla più recente giurisprudenza della Corte Suprema.

Sintomatica più di ogni altra appare, in questa giurisprudenza, la massima che nega alla sentenza sull'*an debeatur* l'autorità di cosa giudicata sul punto della esistenza generica del danno. Tale sentenza può costituire giudicato in quanto accerti l'illiceità oggettiva dell'atto o la colpa dell'agente, ma non può mai costituire giudicato in quanto ritenga che l'atto colposo abbia causato un danno: su quest'ultimo punto, la decisione definitiva resta in ogni caso riservata al giudizio di liquidazione, nel quale, nonostante che nel giudizio sull'*an debeatur* sia stata ritenuta raggiunta la prova dell'esistenza di un danno da liquidare e del nesso di causalità tra questo danno e il fatto dell'agente, si può sempre dimostrare che il preteso danno generico è, nella specifica realtà, insussistente (19), o che, se pure sussiste, non è effetto dell'atto colposo (20).

Si ha dunque sul punto della esistenza del danno questo singolare fenomeno: di una sentenza (quella sull'*an debeatur*), che è chiamata ad accertare ciò che, dopo l'accertamento, resta incerto com'era prima: cioè di un accertamento che non accerta, di una decisione che lascia da decidere il *decisum* (21)!

Tale singolarità si accentua attraverso le massime fissate dalla Corte Suprema sulla natura della *prova* del danno « generico ». In coerenza col principio, sopra ricordato, che riserva al giudizio di liquidazione l'accertamento definitivo del danno concreto, la prova della esistenza del danno generico, che si richiede nel giudizio sull'*an debeatur*, non può mai dare la certezza; essa deve limitarsi ad essere, come la condanna e come il danno, una prova « generica », cioè una prova destinata a produrre nella prima fase del processo una certezza soltanto generica, equivalente a incertezza specifica. E' su questo punto che più sono ammirevoli gli ingegnosi sforzi fatti dalla giurispru-

---

(19) Giurisprudenza costante: dalla sentenza 26 marzo 1924, in « Corte di cass. », 1924, 362, fino a quelle recentissime della 1ª sez., 24 gennaio 1933, in « Mass. Foro it. », 1933, 84; della 2ª sez., 7 marzo 1933, in « Mass. Foro it. », 1933, col. 188, e della 3ª sez., n. 2396, 8 maggio 1933 (inedita). Cfr. MANCA, *Sui limiti di efficacia della sentenza di condanna generica* ecc., in « Foro ligure », 1929, 1, 141; PAOLI; *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, pag. 171.

(20) Cfr. Cass. 14 aprile 1925, in « Foro it. », 1925, I, 629.

(21) E' stato sostenuto nella dottrina francese (HUC, *Comm. théor. et prat. du code civil*, VII, n. 146, VIII, n. 308, note 3, 4, 5 citato da VASSALLI, *Sentenza condizionale*, pag. 107, nota 1) che in seguito a condanna generica ai danni, il giudice della liquidazione sarebbe tenuto, per non violare il giudicato, a attribuire una certa somma a titolo di danni. Il Vassalli, fedele all'insegnamento della nostra Cassazione, lo nega; e dice che la cosa giudicata si concentra, in questa fase, nell'obbligo *generico* dei danni: il che significa che praticamente molte volte la cosa giudicata si concentra... nel vuoto!

denza per dare un contenuto pratico a questa prova destinata a non provare: partendo dalla premessa che per pronunciare condanna « generica » al risarcimento dei danni non basti riconoscere la esistenza del danno come meramente *possibile* in astratto (22), e d'altra parte ammettendo che la *certezza* definitiva sul danno non può scaturire che dal giudizio di liquidazione, la giurisprudenza ha cercato di fermarsi su un concetto posto a mezza strada tra la *possibilità* e la *certezza;* ed è arrivata così ad insegnare che la prova dell'esistenza del danno, nonchè quella del nesso di causalità tra colpa e danno, è, nel giudizio sull'*an debeatur,* una prova di *verosimiglianza,* non una prova di certezza. E' facile intendere come sia arduo, quando si scende dallo astratto al concreto, tracciare esattamente la linea di confine che separa la possibilità dalla verosimiglianza, e questa dalla certezza, e dare al giudice di merito precisi criterî, affinchè egli, nella prima fase del giudizio di danni, non sia troppo arrendevole nel contentarsi di una verosimiglianza che si scolorisca nella mera possibilità o viceversa troppo rigoroso nell'esigere una verosimiglianza così evidente che sconfini nella certezza... Si tratta di sfumature sottilissime, talvolta appena percettibili, l'apprezzamento delle quali è rilasciato alla sensibilità, che può essere anche impressionabilità, del giudicante: basta che « il fatto sia tale che l'esistenza di danni resulti largamente attestata dall'*esperienza* » (23), o che l'*esperienza e il buon senso* facciano indurre nei singoli casi il normale concorso della esistenza di un danno risarcibile (24). Si tratta insomma di un calcolo aprioristico di probabilità basato sull'esperienza del *quod plerumque accidit*: ciò si trova esattamente chiarito in una recente decisione della 3ª Sezione, est. Caliendo (25), in cui si insegna che « ... poichè il processo logico attraverso il quale il giudice perviene alla convinzione della esistenza in genere di un danno può essere informato a criterî di mera probabilità o verosimiglianza, anche elementi indiretti o presuntivi possono essere utilizzati, e legittimo può essere il richiamo a quanto normalmente avviene, a quanto suggerisce la esperienza ».

7. — Questi principî fissati dalla Corte Suprema ci permettono di avvicinarci al concetto di condanna « generica » ai danni, più di quanto si sia potuto fare finora.

Il contenuto del giudizio sull'*an debeatur,* secondo l'insegnamento

---

(22) Cfr. Cassaz., 12 maggio 1931, in « Rep. Foro it. », 1931, v. *Danni,* n. 8.

(23) Cassaz., 24 febbraio 1926, « Rep. Foro it. », 1926, v. *Danni,* n. 10.

(24) Cassaz., 26 luglio 1927, in « Foro it. », 1928, I, 191.

(25) Cassaz., 8 maggio 1933, in causa Società Manifattura Legnano contro Calzificio Baratti, n. 2396 (inedita).

della giurisprudenza oggi corrente, non deve essere limitato all'accertamento dell'atto illecito e della colpa, ma si deve spingere anche ad indagare l'esistenza generica del danno: ma mentre sui primi due punti il giudice deve indagare a fondo, sì da pervenire, in base a prove idonee a dare una convinzione piena, a una decisione definitiva destinata a costituire giudicato, sul terzo punto il giudice si deve limitare a una indagine superficiale che gli consenta di emettere un apprezzamento di probabilità approssimativa, non destinato a passare in giudicato. Nel giudizio sull'*an debeatur* non tutti gli elementi su cui verte la indagine del giudice possono dunque essere oggetto di cognizione ugualmente approfondita: l'energia e la penetrazione di indagine, che è doverosa per l'accertamento degli altri elementi oggettivi e soggettivi dell'atto illecito, dev'essere attenuata per l'elemento danno, nei confronti del quale l'indagine penetrante è riservata al giudizio di liquidazione.

Tutto questo dimostra che, in relazione all'accertamento del danno, non esiste più, tra le due fasi del giudizio, quella netta distinzione di questioni da decidere che, come già si è visto (retro, n. 4), sembrava alla dottrina presupposto necessario della scissione della causa di risarcimento in due processi. Qui, in relazione all'accertamento del danno, *la stessa questione viene presentata due volte alla indagine separata e successiva di due giudici diversi*: l'indagine sul danno generico, demandata al giudice dell'*an debeatur*, e quella sul danno specifico, demandata al giudice di liquidazione, non hanno come oggetto due diverse questioni, ma riguardano *una questione sola*, esaminata, a fini diversi e con diversa intensità di cognizione, in due distinti processi.

Questa duplicazione di indagine sulla stessa questione, sottoposta in fasi successive a due diversi giudici, dei quali uno ha l'ufficio di guardare all'ingrosso, e l'altro di riguardare per il sottile, è un fenomeno ben distinto da quello, già studiato dalla dottrina, della pluralità di decisioni su elementi diversi dello stesso rapporto controverso. In questo secondo caso, ciascun processo ha il suo separato *thema decidendum*, in relazione al quale il giudice ha pienezza di cognizione, e potere di emettere, sulla frazione del rapporto a lui sottoposto, una decisione che, su quel punto, costituirà giudicato irrevocabile nei processi successivi. Nel caso nostro, invece, due giudici sono chiamati a esaminare lo stesso *thema decidendum* con diverso grado di vista. Tutt'e due hanno dinanzi a sè, sullo schermo giudiziario, lo stesso problema della esistenza del danno; ma mentre il secondo deve aver la vista acuta per poter scoprire i dettagli, il primo deve contentarsi di avere una visione di massa, com'è quella dei miopi; e rassegnarsi, come alla battaglia di Campaldino il vescovo di Arezzo « che

avea corta vista », a vedere solide mura, là dove il giudice della liquidazione gli spiegherà che soltanto biancheggiano « i palvesi de' nimici »...

Curiosa posizione, invero, quella del giudice chiamato a decidere sulla esistenza « generica » del danno: egli si affatica per convincersi che il danno sussiste, ma sa che questa sua fatica può essere resa vana dalla diversa convinzione, destinata a prevalere, del giudice di liquidazione; egli è chiamato a stabilire il nesso di causalità tra due termini, l'atto illecito e il danno, ma sa che il secondo è per lui, in questa fase, un termine puramente supposto, che nella fase successiva potrà anche dileguare e far cadere nel vuoto tutti i suoi sillogismi... Tra il giudice dell'*an debeatur* e il giudice della liquidazione non vi è, per quello che attiene all'accertamento del danno, una divisione di lavoro, che è prima condizione di una collaborazione proficua: ambedue sono chiamati a compiere lo stesso lavoro, e il secondo deve sempre rifare, e spesso anche disfare, ciò che ha fatto il primo. Nè la prova generica del danno, fornita dall'attore nella prima fase, ha almeno l'effetto pratico di invertire nel giudizio di liquidazione l'onere della prova, facendo gravare sul convenuto l'onere di provare la mancanza del danno specifico: anche nel giudizio sul *quantum*, l'*onus probandi* incombe sul danneggiato, e sta a lui, dopo aver fornito la prova di verosimiglianza del danno, ricominciare da capo per fornire quella di verità! Così il giudice dell'*an debeatur* non può neanche confortarsi pensando che non v'è contraddizione tra la sentenza che nel giudizio sull'*an debeatur* afferma la esistenza generica del danno e la sentenza che nel giudizio di liquidazione ne nega la esistenza specifica (26), quasichè il generico e lo specifico fossero due campi separati, in cui ciascun giudice potesse sbizzarrirsi per suo conto senza incontrarsi coll'altro: in realtà il giudizio sulla esistenza generica del danno e quello sulla sua inesistenza specifica sono tra loro conciliabili nella stessa misura in cui lo sarebbero l'opinione di chi ritenesse che Tizio è genericamente vivo con quella di chi accertasse che Tizio è specificamente morto!

8. — Ed allora, se tali sono le singolari caratteristiche di questa sentenza per la quale il principio *tantum judicatum quantum disputatum* è scritto invano (si disputa, in questa fase, anche sull'esistenza del danno, ma su questo punto il giudicato non si forma), si presenta il problema interessantissimo della classificazione di questa cosidetta condanna « generica » ai danni, fra i varî tipi di sentenze conosciuti dalla dottrina.

---

(26) Cfr. Cassaz., 1 febbraio 1930, in « Rep. Foro it. », 1930, v. *Danni*, n. 29.

E, per prima cosa: questa sentenza è veramente, come il suo nome vorrebbe far credere, una *condanna*? Per rispondere affermativamente a questa domanda, non mi par che possa bastare la sola considerazione della qualifica adoprata dalla giurisprudenza e, in un solo caso, dalla legge (art. 677, n. 9 cod. comm.): la natura giuridica di una sentenza si desume dai suoi effetti, non dalla qualifica che ad essa inesattamente sia stata attribuita dal giudice, nè dalla definizione, che il legislatore ne abbia data, inadeguata alla realtà dello istituto.

Ora, per chi guardi alla sostanza più che alle parole, è facile accorgersi che la cosiddetta condanna generica ai danni non ha, nonostante la sua denominazione, nessuno di quei caratteri, in base ai quali la dottrina, sotto diversi punti di vista, distingue le sentenze di condanna da quelle di mero accertamento. Per chi faccia consistere la caratteristica tipica della condanna nel comando di esecuzione, che con essa si rivolge agli organi esecutivi (27), è chiaro che nessun comando di questa natura può essere contenuto nella cosiddetta condanna « generica » ai danni, perchè non è suscettibile di esecuzione forzata una sentenza la quale lascia incerto non solo il contenuto quantitativo, ma altresì l'esistenza stessa (come già si è visto) dell'obbligo di risarcimento. Nè essa può esser considerata vera condanna da chi attribuisce a questo tipo di sentenza la funzione di accertare l'atto illecito: perchè, se il danno è, nella concezione di chi professa questo insegnamento (28), un componente inseparabile dell'atto illecito, non si può dire che questo sia accertato, e che quindi vi sia vera condanna, finchè non è riconosciuta la esistenza di un danno derivante in concreto dalla *iniuria*. Nè finalmente a diverso risultato si può giungere, quando la funzione specifica della condanna si scorga nella trasformazione dell'obbligo in soggezione (29): in verità, come la cosiddetta condanna generica ai danni non accerta l'esistenza di un obbligo, così non può dar luogo a una soggezione processuale, che potrebbe sorgere soltanto dalla violazione di quello.

E allora, che cos'è mai questa cosiddetta condanna, a cui mancano tutti gli effetti che servono a definire questo tipo di sentenze? La condanna generica ai danni non è in sè stessa titolo esecutivo, perchè il debito, che essa ha ritenuto verosimile, manca non solo di liquidità, ma altresì, appunto perchè soltanto verosimile, di *certezza* (art. 568 cod. proc. civ.); nè essa potrà, come la condanna in futuro, diventare titolo esecutivo nell'avvenire, senza che sia stata pronun-

---

(27) Cfr., per queste varie definizioni della condanna, lo scritto *La condanna*, in *Studi*, vol. III, pag. 178 e segg.

(28) CARNELUTTI, *Il reato e il danno*, n. 5.

(29) Cfr. *La condanna*, cit. nn. 4-5.

ciata una nuova sentenza (quella di liquidazione del danno), la quale sola potrà avere in concreto gli effetti di una vera condanna.

Nè ad attribuire a questa sentenza, resa nel giudizio sull'*an debeatur*, il carattere di una vera condanna, può bastare l'applicazione di quel criterio distintivo, in sè corretto, che si basa sul diverso scopo immediato a cui mirano le azioni di mero accertamento e le azioni di condanna (30). Scopo immediato della sentenza di condanna, si dice, è quello di preparare la esecuzione: ora anche la condanna generica ai danni avrebbe, nella intenzione dell'attore, questa funzione preparatoria dell'esecuzione, e quindi non potrebbe mai considerarsi come una sentenza di mero accertamento, a cui tale funzione è totalmente estranea (31). Senonchè anche qui bisogna scendere al pratico: è proprio vero che chi chiede la condanna generica ai danni, con riserva di liquidazione in sede separata, abbia come scopo immediato la esecuzione? Se veramente egli avesse mirato a tale scopo immediato, si sarebbe astenuto dallo scindere il giudizio di danni in due fasi, e avrebbe cercato di ottener subito, in un giudizio unico, un titolo suscettibile di esecuzione forzata: il fatto che egli abbia invece preferito limitare inizialmente la sua domanda al solo punto dell'*an debeatur*, con ciò ritardando la formazione di un titolo esecutivo completo, dimostra che il vero scopo che egli si è proposto in questa prima fase processuale (che può anche restare la sola) non è stato quello di preparare la esecuzione, ma è stato invece quello di *procurarsi subito qualche altro vantaggio*, la cui acquisizione immediata compensi e superi lo svantaggio derivante dal differimento di quella concreta liquidazione, che sola potrà nell'avvenire aprire il varco alla esecuzione forzata. Quali siano i vantaggi che il danneggiato mira così a procurarsi, lo abbiamo già accennato all'inizio di questo studio (n. 1): nei casi in cui non vi sia controversia sull'ammontare del danno, ma solo sulla responsabilità giuridica del danneggiante, la sentenza sull'*an debeatur* risolverà l'unico punto controverso tra le parti e avrà così la funzione, che è propria delle sentenze di mero accertamento, di produrre su quel punto la certezza giuridica; in altri casi la condanna generica ai danni permetterà al vincitore di procurarsi una garanzia provvisoria sui beni del soccombente, ma anche sotto questo aspetto la sentenza servirà (come meglio si vedrà fra poco, n. 11) a scopi cautelari, non a scopi immediatamente esecutivi. Se, a differenza delle condanne in futuro che diventano titolo esecutivo al momento della scadenza, la sentenza di mero accertamento dà vita a un'*actio judicati*

---

(30) CHIOVENDA, *Principii*, § 7, III.

(31) VASSALLI, *Sentenza condizionale*, pag. 108; e scritto citato in « Corte di cass. », 1924, col. 426.

che non può mirare immediatamente alla esecuzione forzata, ma solo alla emanazione di una nuova sentenza (di condanna) (32), la cosiddetta condanna generica ai danni rientra in questa seconda categoria di sentenze, proprio perchè chi l'ha ottenuta non può tradurla in esecuzione forzata se non attraverso una nuova sentenza (di liquidazione), di fronte alla quale la precedente condanna generica non ha che la efficacia di un mero accertamento pregiudiziale di quei soli punti (*tra i quali non è la esistenza del danno*), su cui essa costituisce giudicato.

Inclino dunque a ritenere che la cosiddetta condanna generica ai danni si debba classificare, nonostante la inesatta qualifica con cui correntemente è designata, tra le sentenze di mero accertamento: in questa opinione sono confortato non solo dalla dottrina tedesca unanime (33), ma anche dalla autorità di un acutissimo scrittore nostro, quale il Cammeo (34), che giustifica la distinzione del giudizio di risarcimento in due fasi sulla ammissibilità di « azioni *dichiarative* autonome, le quali poi posson servire, tra l'altro, come *pregiudiziali ad azioni di condanna* ».

I rapporti tra la sentenza sull'*an debeatur* e la sentenza sul *quantum* sono dunque, esattamente, i seguenti: la sentenza sull'*an debeatur*, che ha per oggetto soltanto una frazione della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, non è che una sentenza di mero accertamento su punti che possono avere carattere pregiudiziale di fronte alla sentenza sul *quantum*: la quale sola, integrando tale accertamento pregiudiziale colla cognizione sull'elemento costitutivo ancora rimasto interamente incerto (danno), ha gli effetti di una vera sentenza di condanna. Alla sentenza di mero accertamento sull'*an debeatur* si accompagna poi, come funzione accessoria, una indagine delibativa di verosimiglianza su quello stesso elemento (danno), la cui cognizione approfondita resta interamente riservata al giudizio di liquidazione: è sopra tutto questa funzione accessoria, avente scopo prettamente cautelare, che ha indotto la dottrina e la giurisprudenza (come si dirà oltre, n. 11) a qualificare come condanna una sentenza, alla quale mancano in realtà tutti gli effetti corrispondenti a tale qualifica.

---

(32) Chiovenda, *Principii*, pag. 176.

(33) Cfr. i citati da Vassalli, *Sentenza condizionale*, pag. 108, nota 1, tra i quali specialmente esplicito il Langheineken, *Der Urteilsanspruch* (Leipzig, 1899), pag. 147, n. 3, con rassegna di tutta la dottrina anteriore: cfr. anche, tra gli autori più recenti, Hellwig, *System*, I, § 107, II, 2, *b* (pag. 282).

(34) *Comm.*, I, pag. 884.

9. — Ma quand'anche, per restar coerenti alla qualifica ordinaria, si volesse considerare la sentenza sull'*an debeatur* come una vera sentenza di condanna, sarebbe disagevole far rientrare tra i varî tipi di sentenza di condanna studiati dalla dottrina, questa sentenza « generica », la quale, sotto parvenza di riservare al giudizio sul *quantum* la sola liquidazione del danno, riserva in realtà, come già si è mostrato, il giudizio sulla esistenza del diritto al risarcimento.

Escluso che si possa parlare qui, nonostante la apparente adeguatezza della espressione, di condanna *con riserva* (cioè con riserva *di eccezioni,* che è un fenomeno processuale ben diverso da quello che qui si studia (35)), non si potrebbe neanche far rientrare *sic et simpliciter* questa condanna generica tra le condanne *in futuro,* perchè manca ad essa la caratteristica attitudine di queste sentenze a diventar titoli esecutivi al momento della scadenza (36).

Il VASSALLI, in quella sua cesellata monografia alla quale più volte mi sono riferito in questo studio, ha cercato di inquadrare la condanna generica ai danni nella comprensiva figura della sentenza *condizionale,* e precisamente in quel gruppo di sentenze il cui carattere condizionale deriva da « condizioni del diritto oggetto della tutela accordata con la sentenza » (37) e in quel sottogruppo di sentenze « nelle quali la condizione non tocca il rapporto di diritto materiale accertato, ma è soltanto relativa alla realizzazione del diritto mediante sentenza di condanna » (38). Nei casi raccolti in questo sottogruppo, la sentenza, secondo il VASSALLI, conterrebbe l'accertamento di un rapporto giuridico puro, e la condizione risponderebbe ad esigenze tutte processuali, limitate alla *condanna*: « la condizione... non si comunica dall'accertamento alla condanna, ma è propriamente ed esclusivamente condizione della condanna » (39): così avverrebbe appunto per la condanna generica ai danni *salva liquidatione,* in cui « l'accertamento compiuto dalla sentenza anche qui è puro: e soggetta a condizione è la condanna: precisamente alla condizione che segua di poi la liquidazione, senza di che la esecuzione forzata non è possibile » (40).

Ora, senza scendere a valutazioni critiche del concetto di sentenza condizionale, così vasto e comprensivo, da cui il VASSALLI parte, e delle classificazioni con le quali egli raggruppa sotto questo concetto

---

(35) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* § 8 bis, n. III; VASSALLI, *Sentenza condizionale,* n. 27.

(36) CHIOVENDA, *Principii,* § 6, n. III; § 7, n. III.

(37) *Sentenza condizionale,* pag. 96 e segg.

(38) Op. cit., pag. 103 e segg.

(39) Ibidem.

(40) Ivi, pag. 107.

i più disparati tipi di sentenze (41), sembra che, partendo dalle sue stesse premesse, la figura di sentenza condizionale non si adegui, per chi guardi alla sostanza più che alle parole, alla condanna generica ai danni di cui qui si discorre. Nel sottogruppo di sentenze condizionali a cui apparterrebbe anche la condanna generica ai danni, si avrebbe come carattere costante, a quanto risulta dai passi sopra riportati, un accertamento già completo e definitivo di un rapporto giuridico puro, mentre la condanna, a cui tale accertamento servirebbe di premessa, sarebbe sospensivamente condizionata al verificarsi di un avvenimento futuro ed incerto (che nel nostro caso sarebbe la liquidazione del danno). Questo carattere condizionale della condanna si riscontra evidente in qualcuno dei casi qui raggruppati dal VASSALLI: per esempio nei casi (42) di condanna pronunciata sotto la condizione della prestazione di una cauzione imposta dalla autorità giudiziaria, è ben chiara la contrapposizione tra l'accertamento definitivo e completo, già contenuto nella sentenza, di tutti i fatti costitutivi del diritto, e il fatto successivo, *situato fuori dalla fattispecie costitutiva del diritto* (prestazione della cauzione), che funziona come condizionante della condanna. Ma nel caso della condanna generica ai danni, il fatto della liquidazione, che dovrebbe funzionare come condizione della condanna, è in realtà *un elemento costitutivo della condanna, anzi, a ben considerare, è la condanna stessa*: se nel giudizio di liquidazione si rimette in discussione, insieme colla quantità, anche la esistenza del danno (che sono tutt'una cosa), e quindi la esistenza del diritto al risarcimento, la sentenza di liquidazione non apparisce come un evento situato fuori dalla fattispecie costitutiva del diritto, la cui pendenza altro non faccia che sospendere gli effetti giuridici, interamente contenuti in potenza in un accertamento già completo. In realtà, poichè la liquidazione è, prima di tutto, l'accertamento di uno degli elementi (danno) che compongono la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, la sentenza sul *quantum* ha l'efficacia di accertare se tale fattispecie esiste, e non già quella (che è propria del verificarsi di una condizione sospensiva) di lasciare che entrino liberamente in vigore effetti giuridici riferibili a una fattispecie già interamente, ma sospensivamente, accertata.

Insomma la condanna generica ai danni, se si vuol considerare come una vera condanna, appare, piuttosto che come una sentenza condizionata, come una di quelle sentenze, che i dottori dell'età inter-

---

(41) Cfr., per una approfondita critica del libro del VASSALLI, lo studio del CARNELUTTI su *La sentenza condizionale*, in *Studi di dir. proc.*, I, pagg. 195 e segg.

(42) Op. cit., pag. 107, n. 41, 2 *a*).

media chiamavano *incertae,* mediante le quali il giudice figurava di decidere la controversia con un dispositivo che riproponeva la controversia stessa in forma dubitativa e la lasciava sostanzialmente insoluta: « condanno Tizio a pagare quello di cui egli risulti essere debitore »; « ... *absolvo absolvendos vel condemno condemnandos* »; e così via (43).

La condanna generica ai danni appare dunque come una sentenza *pura* solo se si considera come un mero accertamento concernente i punti pregiudiziali della illiceità e della colpa, in relazione ai quali la pronuncia è incondizionata e definitiva; se invece si vuol ritenere che, anche nella fase sull'*an debeatur,* oggetto della pronuncia sia l'intero rapporto giuridico, cioè la esistenza del diritto al risarcimento, allora questa sentenza si potrà considerare condizionata solo in quanto il concetto di condizionalità si possa estendere a un dispositivo di questa forma: « accerto il diritto al risarcimento a condizione che il giudice della liquidazione accerti l'esistenza di tale diritto »; ossia: « condanno a condizione che altri condanni » ... Ma la sentenza che *pone come condizionante la esistenza dello stesso condizionato,* si può chiamare, con proprietà terminologica, una sentenza condizionale?

10. — La cosiddetta condanna generica ai danni, in quella porzione in cui è idonea a costituire giudicato, passa in giudicato come sentenza di mero accertamento (dei punti pregiudiziali): in quella porzione in cui a questo accertamento si accompagna una parvenza puramente verbale di condanna, la attitudine a passare in giudicato viene meno, perchè la pronuncia di questa « condanna » puramente platonica non limita in alcun modo su questo punto i poteri del giudice della liquidazione, che resta pienamente libero di giudicare se la condanna debba o non debba esser pronunciata.

Peraltro, bisogna riconoscere che in questa cosiddetta condanna « generica » ai danni l'aspetto più singolare e più meritevole di studio, quello in cui si concentra la singolarità del fenomeno processuale, è questa specie di *delibazione* della esistenza del danno, che s'accompagna al vero e proprio accertamento dei punti pregiudiziali, e che permette al giudice, attraverso una superficiale indagine di verosimiglianza sulla esistenza del danno, di accompagnare la sentenza di mero accertamento, cioè la parte *solida* della sua sentenza, con un simulacro evanescente di condanna, poggiata più sulla immaginazione che sulla realtà.

A questa contrapposizione tra la condanna *ipotetica* pronunciata dal giudice dell'*an debeatur* e la condanna categorica pronunciata dal

(43) Cfr. il I° Vol. degli *Studi,* pag. 118.

giudice di liquidazione, corrisponde, come già si è visto, una contrapposizione parallela nell'attività probatoria che i due giudici devono svolgere sulla stessa questione dell'esistenza del danno: indagine di *verosimiglianza* il primo, indagine di *verità* il secondo.

Non sarebbe esatto considerare questa delibazione dell'esistenza del danno, che si compie nella fase dell'*an debeatur*, come unicamente diretta a dimostrare nell'attore l'estremo dell'interesse ad agire: se l'attore si limitasse a chiedere una pronuncia di mero accertamento sui punti pregiudiziali dell'*iniuria* e della colpa, qualsiasi indagine sulla esistenza, generica o specifica, del danno sarebbe estranea a questo giudizio e la giustificazione dell'interesse non potrebbe esser ricercata altro che nel vantaggio della certezza giuridica su quei punti pregiudiziali. L'indagine sulla verosimiglianza del danno sta in diretta relazione colla condanna generica, non coll'accertamento che essa presuppone: qualcosa di ben diverso da un semplice controllo preliminare sull'interesse ad agire.

Per queste considerazioni non credo che la condanna generica ai danni abbia una sostanziale unità sistematica con quei casi, frequenti nel processo odierno (e più in quello di altri tempi) in cui, prima che si dia ingresso all'esame approfondito del merito, occorre superare dinanzi allo stesso giudice, o dinanzi a un giudice diverso, una fase preliminare destinata a saggiare la verosimiglianza dei fatti su cui si basa la domanda, e la presumibile serietà della medesima. Un esempio tipico di questa « eliminatoria » processuale si ha nell'art. 1532 cod. civ., il quale fa obbligo al giudice, prima di ammettere la prova della lesione, di indagare preliminarmente se « i fatti denunziati siano bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione »; su più vasta scala funziona a questo stesso fine, nel processo penale, l'istituto generale della istruttoria, che è appunto preordinato a vagliare, con un'indagine non definitiva sui fatti del reato, la fondatezza delle accuse, ed a lasciare che passino alla fase del dibattimento soltanto quelle che si presentino, *prima facie*, come presumibilmente destinate ad essere accolte dal giudice competente.

Ma un fenomeno analogo di duplicazione di indagini probatorie, condotte, con diverso grado di intensità, sugli stessi fatti, si presenta anche in un altro ordine di casi, in quei casi, cioè, in cui per emettere un provvedimento provvisorio urgente il giudice si deve contentare di una indagine sommaria sui fatti, che poi verranno esaminati a fondo, con effetto definitivo, dal giudice del merito. Si pensi alla « semplice notorietà del fatto » di cui deve contentarsi il giudice del possessorio per ordinare la reintegrazione (art. 696 cod. civ.); alla « sommaria cognizione del fatto », in base alla quale il giudice della denuncia di nuova opera può ordinare le opportune cautele (art. 698

cod. civ.); alle « sommarie informazioni » che possono bastare alla concessione del sequestro conservativo (art. 925 cod. proc. civ.); e così via. In tutti questi casi per la concessione del provvedimento cautelare basta, in una prima fase, un giudizio di verosimiglianza: il giudizio di verità, che può portare anche a conclusioni opposte e quindi alla revoca del provvedimento, viene dopo, in una fase successiva.

A questo secondo gruppo di casi dev'essere, a mio avviso, avvicinata, in quella parte in cui riconosce la verosimiglianza del danno, la nostra condanna « generica »: per la quale bisogna arrivare, se si vuol trarre la logica conseguenza dalle premesse finora poste, alla sorprendente conclusione *ch'essa non è altro, in sostanza, che un larvato provvedimento cautelare.*

11. — E' chiaro che, se nel giudizio sull'*an debeatur* l'unico scopo dell'attore fosse quello di ottenere la certezza giuridica sulla responsabilità (*iniuria* e colpa) con riserva di ogni indagine sul danno, il suo interesse sarebbe pienamente sodisfatto da una sentenza di mero accertamento limitata a questi punti pregiudiziali. Se invece l'attore chiede qualche cosa di più, cioè, oltre l'accertamento su questi punti, anche la condanna « generica », vuol dire che la condanna gli procura qualche ulteriore vantaggio, che una sentenza di mero accertamento non gli darebbe: in che cosa consiste questo *plus*? La risposta si trova nella già citata decisione inedita 8 maggio 1933 della Suprema Corte (3.a Sezione), in cui, indagandosi quale potesse essere l'interesse che muoveva il ricorrente a gravarsi contro una sentenza di condanna generica ai danni, la quale « può essere vuotata da ogni contenuto, quando proseguendo il giudizio, si dimostri che nessun danno sia da risarcire », si osserva che « la condanna anche generica ai danni costituisce di per sè un pregiudizio della parte condannata, anche se il regolamento sulle spese sia stato riserbato alla pronuncia definitiva, perchè non v'ha dubbio che *essa autorizzi la parte, a cui favore è stata pronunciata, a provocare misure particolari di garanzia,* a tutela del credito che sarà per risultare dal giudizio di liquidazione ».

Queste « misure di garanzia » consistono prima di tutto nella ipoteca giudiziale: per iscriver la quale si insegna che basti, in conformità degli artt. 1970 e 1992 cod. civ., la pronuncia della condanna generica ai danni (44), senza che si debba attendere la loro con-

---

(44) Cfr. VASSALLI, *op. cit.*, pag. 109; non mi pare che Leonardo COVIELLO (nella nota pubblicata in « Giur. it. », 1901, I, pagg. 123 e segg., e nel volume *Delle ipoteche,* pag. 183-184) sia sicuramente favorevole alla tesi del VASSALLI, per le sentenze di condanna generica *salva liquidazione.*

creta liquidazione. Non nascondo che tale soluzione mi lascia perplesso: perchè l'ipotesi prevista dall'art. 1970 in una sentenza « portante condanna... all'adempimento di un'altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni », sembra che presupponga in ogni caso l'accertamento *completo* del diritto originario del creditore e dell'esistenza di un danno concreto, consistente nella omissione di una *determinata prestazione specifica,* di cui non resta più che determinare, in sede di liquidazione, l'equivalente pecuniario (45): tutti elementi che, come già sappiamo, possono mancare nella condanna generica ai danni, la quale lascia da decidere il punto dell'esistenza del danno e quindi anche dell'esistenza del diritto al risarcimento. Questo rilievo non è sfuggito alla acutezza del VASSALLI: il quale, dopo avere insegnato che anche le sentenze di condanna con riserva di liquidazione producono ipoteca giudiziale, aggiunge però che « ulteriori distinzioni intervengono fra quelle sentenze che condannano a prestazioni da liquidarsi separatamente, *a seconda che sia certo o no che la liquidazione metterà capo al pagamento di una somma;* così l'ipoteca nascerà *sempre dalla sentenza di condanna ai danni...* ». Secondo il VASSALLI dunque, se la condanna con riserva di liquidazione non dà la *certezza* che la liquidazione debba metter capo al pagamento di una somma, neppure produce il diritto di iscrivere ipoteca giudiziale. Sta bene; ma con questo criterio la condanna generica ai danni dovrebb'essere citata proprio come esempio di sentenza da cui non nasce ipoteca giudiziale, perchè essa, a differenza di altre condanne per le quali è certo che la liquidazione riservata darà in ogni caso un resultato positivo (per es. la condanna alle spese del giudizio, con riserva di tassazione), lascia il giudice del *quantum* libero di determinare che il preteso danno è zero (46).

In ogni modo è certo che l'art. 1970 presuppone, perchè si produca l'ipoteca giudiziale, una sentenza di *condanna*: la sentenza di mero accertamento (ove non sia l'accertamento di un preesistente diritto di ipoteca che essa non *produce,* ma *dichiara*: es. art. 1989 cod. civ.), non può mai avere questo effetto. Si comprende per questo che, se la sentenza sull'*an debeatur* avesse la forma, corrispondente alla sua funzione, di un mero accertamento sui punti pregiudiziali della illegittimità e della colpa, l'attore non potrebbe servirsi di essa per iscrivere ipoteca giudiziale: *da ciò il suo interesse a fare apparire come sentenza di condanna quella che, se la forma dovesse corrispondere*

---

(45) Cfr. COVIELLO, *Delle ipoteche* cit., pag. 184.

(46) Cfr. VASSALLI, *Sentenza condizionale,* pag. 109, ed ivi nota 2, nella quale mi pare che lo stesso Autore non sia riuscito a nascondere un certo disagio causato dalla gravità di questa considerazione.

sinceramente alla sostanza, non potrebb'essere che una sentenza di mero accertamento; da ciò il suo sforzo di ottenere, in questa prima fase del giudizio, un dispositivo che dica « condanno », invece che semplicemente « dichiaro »; da ciò gli onesti scrupoli della giurisprudenza, che, sentendo da una parte la opportunità di concedere la garanzia ipotecaria anche sul solo accertamento dell'*iniuria* e della colpa, ma d'altra parte dovendo inchinarsi alla formula della legge la quale non dà ipoteca giudiziale se non quando vi sia una condanna, si è trovata nella necessità di prestarsi, ai fini meramente cautelari, a questa specie di inconsapevole travestimento dell'accertamento in condanna, e solo ha escogitato, quasi per temperare e per giustificare di fronte a sè stessa questo espediente, quell'indagine preventiva sul danno « generico », a cui si appoggia, nella prima fase del giudizio, la ugualmente generica condanna.

La spiegazione di questo singolarissimo istituto della condanna generica ai danni è tutta qui: essa è nata dalla tendenza della pratica ad estendere dalle vere e proprie sentenze di condanna alle sentenze di mero accertamento gli effetti cautelativi della ipoteca giudiziale. Per questo, la condanna generica ai danni non è in sostanza (tolto l'accertamento sui punti pregiudiciali) *altro che un provvedimento cautelare*: essa della condanna non ha gli effetti esecutivi (che sono quelli veramente caratteristici), ma solo quelli cautelativi: condanna non per eseguire l'accertamento, ma per assicurare in attesa dell'accertamento.

Ma, attraverso questa giurisprudenza, la natura giuridica della ipoteca giudiziale si è andata inconsapevolmente alterando: mentre, secondo la legge, tale ipoteca è un effetto necessario, sottratto alla disposizione del giudice, della condanna considerata come fatto giuridico in senso stretto (47), la giurisprudenza sulla condanna generica ai danni ha dato al giudice dell'*an debeatur* il potere di fatto di decidere caso per caso, attraverso un calcolo di probabilità sulla esistenza del danno, se l'ipoteca giudiziale debba o non debba essere concessa. L'indagine di verosimiglianza che si compie in questa prima fase del giudizio sulla esistenza del danno, non ha altro scopo pratico che quello di stabilire, con quella superficiale sommarietà che è sufficiente per i provvedimenti urgenti, se debba esser concessa all'attore la misura cautelare consistente nella ipoteca giudiziale. In tal modo la nostra pratica si è orientata come se esistesse nel nostro diritto positivo una norma che dicesse così: « La sentenza di mero accer-

---

(47) Cfr. Coviello L., *Delle ipoteche*, cit., pag. 178; ed i miei scritti *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, e *Retroattività della sentenza e ipoteca giudiziale*, nel vol. III degli *Studi*, pag. 129 e pag. 193

tamento che dichiari la responsabilità per risarcimento, con riserva di ogni indagine sul solo punto della esistenza e dell'ammontare del danno, può produrre ipoteca sui beni del responsabile qualora e nella misura in cui il giudice ritenga verosimile che il danno si sia effettivamente prodotto ».

Se questa norma esistesse, il giudice avrebbe in questi casi un potere di apprezzamento sulla opportunità preventiva di concedere la garanzia ipotecaria, come ha il potere di valutare preventivamente il *fumus boni juris* per la concessione del sequestro conservativo; ma questa norma non esiste nel nostro diritto: e allora, guardando bene a fondo, ci si accorge che la giurisprudenza ha finito pian piano col crearsela per conto suo, e che invece di attribuire apertamente (il che vorrebbe dire apertamente violare la legge) l'effetto di produrre ipoteca giudiziale alle sentenze di mero accertamento, essa ha preferito arrivare allo stesso scopo col dare a certe sentenze di mero accertamento quella qualifica non appropriata di condanna (che in sè rappresenta qui, per dirla con termine da artiglieri, un « falso scopo »), da cui per legge scaturisce l'effetto cautelare voluto.

Se questa più vasta applicazione della ipoteca giudiziale, e questa trasformazione della sua natura giuridica, meritino di essere ricevute in apposite norme nella prossima riforma del nostro diritto civile, è questione che sfugge alla mia indagine: a me basta di aver colto, attraverso una fedele esegesi della giurisprudenza dominante, il vero significato di questa condanna generica ai danni, la cui faticosa elaborazione non è stata compiuta in questo decennio senza una profonda ragione pratica. Ancora una volta questa indagine ci ha dimostrato che non tutto il diritto è nella legge: e che certe correnti giurisprudenziali, che possono sembrare aberranti nella forma a chi le guardi coll'occhio del teorico puro, rispondono nella sostanza ad imperiose esigenze sociali, alle quali assai volte lo stesso legislatore finirà coll'aderire.

12. — I problemi specifici ai quali potrebbero essere utilmente applicati i principî sopra esposti non si contano: qui mi limiterò a richiamar l'attenzione su alcune applicazioni che mi sono venute in mente nel corso di queste note, e che bastano a dimostrare come la interpretazione della condanna generica, proposta nelle pagine precedenti, possa servire a presentare sotto nuovi aspetti le questioni pratiche che ad essa si collegano.

a) Si può domandare innanzi tutto (non mi risulta che il caso si sia ancora presentato nella pratica) quali siano i limiti oggettivi del giudicato che, nel giudizio sull'*an debeatur*, dopo aver accertato la esistenza della *iniuria* e della colpa, rigetti la domanda di condanna generica ai danni per il solo motivo che non appare

verosimile la esistenza di un qualsiasi danno. Se questo giudizio di verosimiglianza fosse riuscito affermativo, esso non avrebbe avuto la efficacia, come già si è visto, di costituire giudicato irrevocabile sul punto della esistenza del danno: dovrebbe viceversa aver tale efficacia solo perchè esso è riuscito negativo? Non mi par dubbio, se non si vuol costruire in questo caso un singolarissimo campione di cosa giudicata *secundum eventum litis,* destinata a valere quando rigetta la domanda e non quando la accoglie, che anche nel caso di rigetto la cosa giudicata non si forma sul punto della inesistenza del danno. Il giudizio « generico » sul danno, che quando afferma è giudizio di verosimiglianza, non diventa giudizio di verità solo perchè nega; la logica non conosce siffatti giudizî a doppia faccia: e se, nella giurisprudenza in tema di prova testimoniale, è ben fermo il principio che la apparente inverosimiglianza dei fatti non è motivo sufficiente per impedire alla parte di provare la verità, anche nel caso nostro il giudizio di inverosimiglianza dato dal giudice dell'*an debeatur* sul punto della esistenza del danno, non può impedire al danneggiato (se l'*iniuria* e la colpa sono stati accertati) di riproporre, in base a questo accertamento di punti pregiudiziali, una domanda di condanna specifica, coll'offerta di dare la prova (non più di verosimiglianza ma di verità) del danno concretamente risentito. Il rigetto della domanda di condanna generica, basato sul solo motivo della inverosimiglianza del danno è rigetto *della sola domanda cautelare*: si nega il provvedimento che potrebbe servire a iscrivere ipoteca senza la prova concreta del danno, ma non si esclude che in un nuovo processo l'attore possa ottenere, dando tale prova, la vera condanna che tende all'esecuzione (48).

b) Un altro problema che forse può essere ripreso in esame sotto nuovi aspetti è quello dei poteri del giudice di procedere d'ufficio alla liquidazione del danno (quando ne trovi in causa gli elementi), nonostante che l'attore si sia limitato a domandare la condanna generica.

Tali poteri sono espressamente riconosciuti dalla legge al giudice penale, quando giudica sul risarcimento dei danni a favore della parte civile che ne ha fatto domanda (art. 489 cod. proc. pen.): anche se la parte civile si è limitata a chiedere la condanna generica con riserva di liquidazione, il giudice penale *deve* decidere « altresì sulla

---

(48) Per analoghe considerazioni, ho qualche dubbio sulla esattezza della massima stabilita dalla 1ª Sez. della Cassaz. (pres. ed est. Venzi) con decisione 29 maggio 1933, in « Sett. cass. », 1933, col. 1060, secondo la quale il giudice dell'*an debeatur,* riconosciuta l'esistenza generica del danno, può dettare al giudice del *quantum* i criterî e i limiti della liquidazione.

liquidazione dei danni, quando è possibile ». Qui dunque è la stessa legge la quale, quando esistono in atti elementi sufficienti per procedere alla liquidazione, nega ogni rilevanza giuridica all'interesse che la parte danneggiata possa avere di fatto a ottenere una condanna generica separata dalla liquidazione. L'art. 489 cod. proc. pen. è evidentemente una deroga al principio secondo il quale la parte è libera di chiedere al giudice il provvedimento che meglio conviene al suo interesse (l'interesse è la misura delle azioni), ed insieme una deroga al principio per cui il giudice deve decidere *secundum petita partium.*

Ma nel processo civile, ove cosiffatta deroga non è scritta in alcun articolo, non mi pare che si possa giungere, come pure qualche decisione ha fatto (49), alla stessa conclusione. Quando il danneggiato, invece di chiedere fin da principio la liquidazione del danno, si limiti a proporre al giudice il solo problema dell'*an debeatur* con riserva di liquidazione, il provvedimento che la parte richiede è solamente quella condanna generica che, come si è visto, ha scopi (di accertamento e cautelari) suoi proprî; se il giudice volesse di sua iniziativa procedere nello stesso giudizio alla liquidazione che non gli è stata chiesta, non solo darebbe alla parte più di quanto ha chiesto, ma le darebbe altresì un provvedimento diverso da quello che essa ha chiesto. Ciò sarebbe andar contro i principî fondamentali del processo civile a tipo dispositivo: in base ai quali, se il giudice chiamato a decidere sul solo punto dell'*an debeatur* non trovasse giustificabile in concreto la separazione del giudizio di danni in due fasi, non potrebbe far altro che rigettare la domanda di condanna generica per difetto di interesse della parte a chiedere un provvedimento separato dalla liquidazione.

c) E finalmente mi sembra che una esatta nozione della condanna generica ai danni possa servire anche a chiarire l'istituto della cosiddetta « provvisionale ». Di tale istituto, espressamente riconosciuto dalla legge nel processo penale (art. 489 cod. proc. pen.) e nel processo del lavoro (art. 14 r. decr. 26 febbraio 1928) (50) la pratica fa uso generale anche nel processo civile ordinario, in cui si tende a ritenere che il giudice dell'*an debeatur,* nel pronunciare la condanna generica ai danni, possa sempre, per il solo fatto di aver ritenuto verosimile la esistenza di un danno, condannare il convenuto a pagare *senz'altro* una certa somma, a titolo di *provvisionale,* cioè di

---

(49) Cass., 3ª sez., 1 luglio 1931, in « Mass. Foro it. », 1931, col. 512; 1ª sez., 16 dicembre 1932, in « Mass. Foro it. », 1932, col. 756.

(50) Iaeger, *Controversie individuali del lavoro,* 3ª ed., n. 158; Gatti, *La « provvisionale » per i danni,* in « Scuola positiva », 1928, II, pag. 97 e segg.

anticipazione su quella maggiore che risulterà dovuta in sede di liquidazione (« ...da imputarsi nella liquidazione definitiva » dice l'art. 489 cod. proc. pen.). Ora è facile intendere che gli elementi che bastano a giustificare una condanna generica ai danni non sempre possono bastare a giustificare una condanna specifica al pagamento immediato di una provvisionale: quest'ultima è una vera condanna, la quale presuppone l'accertamento del danno, nei limiti in cui essa condanna il convenuto a risarcirlo. Tale accertamento del danno è, come sappiamo, ben diverso da quel giudizio di probabilità che basta al giudice per pronunciare la condanna generica: talchè, se il giudice dell'*an debeatur* vuole legittimamente concedere all'attore quella provvisionale che esso reclama, è necessario che egli, oltre quella indagine superficiale di verosimiglianza sul maggior danno, che gli permette di pronunciare per il medesimo una condanna generica, si persuada, con una indagine probatoria approfondita, che il danno, semplicemente verosimile in misura maggiore, *risulta già certo in quella misura minore che corrisponde alla provvisionale richiesta.* La condanna generica ai danni che assegna una provvisionale ha dunque triplice natura: è una sentenza di mero accertamento sui punti pregiudiziali della *iniuria* e della colpa; è una sentenza completa e definitiva di condanna sul punto della provvisionale nei limiti del danno accertato; è un provvedimento cautelare per il maggior danno semplicemente presunto. La richiesta di una provvisionale attribuisce così al giudizio sull'*an debeatur* una parziale funzione di liquidazione nei limiti della somma richiesta, che ordinariamente esso non ha; qui veramente il giudizio sulla esistenza concreta del danno si scinde in due fasi, ugualmente penetranti per intensità probatoria: la prima, annessa al giudizio sull'*an debeatur*, concernente la esistenza concreta del danno specifico nei limiti della provvisionale domandata, la seconda, riservata al giudizio sul *quantum*, concernente la esistenza concreta del danno specifico al disopra di tale misura.

Il che prova ancora una volta che il danno non può essere *accertato* se non in forma di danno specifico: e che la espressione « danno generico » non è che un modo di dire. Confido di aver con questo scritto contribuito a chiarire qual è la realtà che si nasconde dietro questo modo di dire: per il quale, se si volesse prendere alla lettera, non ci sarebbe da fare altro che parafrasare quello che già la Glossa diceva del notorio: *quotidie de damno generico loquimur, quid autem sit ignoramus.*

XVII

RETROATTIVITÀ DELLA SENTENZA E IPOTECA GIUDIZIALE (*)

1. — In questi ultimi tempi diverse decisioni del Supremo Collegio (1) hanno accolto il principio che non sia soggetta alla presunzione di frode, di cui al n. 4 dell'art. 709 cod. comm., la ipoteca giudiziale, quando, pur essendo la sentenza, che « produce » ipoteca, pubblicata posteriormente alla data di cessazione dei pagamenti, sia stata però proposta anteriormente a tale data la domanda giudiziale che la sentenza ha accolto. In tal caso, ha detto la Cassazione, opera a favore del creditore quel principio generale di diritto processuale secondo il quale « la sentenza di condanna retroagisce alla « data della citazione, come se fosse pronunziata al momento costi- « tutivo del rapporto processuale, ossia alla data di notificazione del- « la domanda. La durata del processo, indipendentemente dalla volon- « tà del soggetto privato attore, non deve a questo produrre svan- « taggi. In diritto romano il punto di riferimento era la *litis contestatio,* « nel nostro ordinamento è la notificazione della domanda giudi- « ziale. L'attore che vince deve avere tutto quello che avrebbe avuto « se la sentenza fosse stata pronunziata al tempo della notificazione « della domanda, sia questa consacrata in un atto di citazione, sia « consacrata in un ricorso per ingiunzione. Ed allora, per tale feno-

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto commerciale e diritto generale delle obbligazioni », a. XXXI (1933), parte I, pp. 741-754; ristampato in *Studi,* III, pp. 193-210. Tradotto in lingua spagnola da Santiago SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 565-583. [*Bibliografia,* n. 186].

(1) Cfr. le decisioni, tutte della I^a^ Sezione, del 15 maggio 1933, in « Sett. Cass. », 1933, col. 969; 7 aprile 1933 (da cui è tratto il passo riportato nel testo), in « Sett. Cass. », 1933, col. 735; 28 luglio 1932 in « Foro it. », 1932, I, 1376; 29 maggio 1931 in « Riv. dir. comm. », 1932, II, pag. 371; 26 novembre 1927 in « Giur. it. », 1928, I, I, 51 (la quale però non poneva ancora la questione nei termini di diritto processuale in cui fu posta successivamente). Una autorevole illustrazione di questa giurisprudenza del S. C. si trova nella requisitoria del sost. proc. gen. CONFORTI, riprodotta in « Riv. dir. comm. », in nota alla decisione 29 maggio 1931, loc. cit.; cfr. anche BRUNETTI A., *Diritto fallimentare,* nota 1 a pag. 437.

« meno di retroattività, il titolo costitutivo è bensì la sentenza di « condanna, ma la data del titolo stesso è quella della domanda giudi- « ziale; e quindi, in tal caso, la ipoteca giudiziale può cadere sotto « i colpi della pauliana ordinaria, ma non sotto quelli della pauliana « fallimentare sorretta da presunzioni scaturenti da varie circo- « stanze ».

2. — Di questo orientamento del Supremo Collegio, il quale si basa nelle sue premesse teoriche sull'insegnamento del CHIOVENDA (2), agevolmente riconoscibile anche nella fraseologia della surriportata motivazione, dovrebbe compiacersi chi, come il sottoscritto, ebbe occasione di affacciare qualche anno fa, in una nota a sentenza (3), la stessa tesi che oggi il Collegio Supremo autorevolmente proclama, e che allora poteva parere arrischiata (4).

Il caso da me allora annotato era un di quei casi-limite che non di rado la pratica rudemente pone sotto gli occhi del giurista, quasi per ammonirlo che non sempre si può rimanere coerenti alle teorie senza cadere in assurde iniquità alle quali il buon senso si ribella. Il caso era questo: il creditore di un commerciante aveva chiesto, con citazione del 14 novembre 1921, la condanna del suo debitore al pagamento di una ingente somma: il processo si era protratto per varî anni, finchè, con sentenza deliberata il 24 aprile 1925 e pubblicata il 1° maggio successivo, il commerciante era stato condannato a pagare: e sui suoi beni, in virtù di quella condanna, era stata iscritta, in data 11 settembre 1925, ipoteca giudiziale. Erano passati altri tre anni, quasi per intero: quando, in data 30 aprile 1928, il Tribunale di Firenze aveva dichiarato il fallimento del commerciante debitore, retrotraendo la cessazione dei pagamenti al termine massimo allora consentito dall'art. 704 cod. comm.; cioè al 30 aprile 1925. Era accaduto così che l'inizio della cessazione dei pagamenti era venuto a cadere tra la data di deliberazione e la data di pubblicazione della sentenza, titolo alla ipoteca: e il curatore, in quella specie di insidioso aucupio che diventa in certi dissesti l'esercizio della revocatoria fallimentare, si era affrettato a dar la caccia

---

(2) *Principii*, 3ª ed., pagg. 136-137; *Istituzioni*, n. 34.

(3) *Sopra un caso di presunzione di frode di ipoteca giudiziale*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1929, II, pag. 274 e segg.

(4) Cfr. però, già in quel senso, Cass. Torino, 30 marzo 1912, in « Mon. trib. », 1912, pag. 723, e 20 maggio 1913, ivi 1913, pag. 690: contro, App. Ancona, 30 luglio 1898, in « Legge », 1899, I, pag. 90; e BONELLI, *Fallimento*, I, nota 14 a pag. 859.

(anzi forse a questo scopo il fallimento era stato predisposto!) a quella ipoteca, che era rimasta presa nella rete della presunzione di frode per la punta di un'ala, cioè per quella data di pubblicazione della sentenza, che, se il cancelliere fosse stato di un sol giorno più sollecito, sarebbe stata fuori dal periodo sospetto. Il Tribunale di Firenze, con sua sentenza 11 marzo 1929, accolse l'istanza del curatore, ritenendo che dovesse considerarsi come costituita posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti la ipoteca giudiziale iscritta in base a sentenza deliberata anteriormente, ma pubblicata posteriormente alla data suddetta: e revocò così come fraudolenta l'ipoteca iscritta a garanzia di un credito, che era stato dedotto in giudizio *quasi sette anni prima della dichiarazione di fallimento.*

Esprimendo il mio dissenso da tale sentenza, mi richiamavo, come fa oggi la Corte Suprema, al principio secondo il quale gli effetti sostanziali della sentenza retroagiscono al momento della domanda, e citavo anch'io quel passo del CHIOVENDA, a cui il Supremo Collegio si inspira, nel quale si insegna che « la sentenza « che accoglie la domanda deve attuare la legge come se ciò av- « venisse al momento della domanda giudiziale; la durata del pro- « cesso non deve andare a detrimento dell'attore » (5). E poichè poteva sorgere il dubbio che il principio della retroattività della sentenza al giorno della domanda (che riguarda normalmente gli effetti *dichiarativi* e non quelli costitutivi della sentenza (6)) non potesse essere invocato nei confronti della ipoteca giudiziale, che si presenta come un effetto *nuovo* costituito dalla sentenza, dalla quale, e non dal credito, sorge il diritto alla relativa iscrizione (7), cercai di costruire la ipoteca giudiziale come il resultato di un'azione costitutiva, che competerebbe in ogni caso al creditore come complemento della sua azione di condanna. Accanto all'azione di condanna, osservavo allora, la quale mira ad ottenere l'accertamento del credito, il creditore propone, implicita in quella, un'azione costitutiva, che mira ad ottenere l'accertamento del diritto accessorio a iscrivere ipoteca a garanzia di quel credito: e l'accertamento di questo diritto alla garanzia ipotecaria deve avvenire necessariamente, per il principio comune a tutti gli accertamenti giudiziali, in base alle condizioni *esistenti al momento della domanda.*

---

(5) *Principii*, 3ª ed., pag. 137, sopra citati (cfr. pagg. 277-278 della mia citata nota).

(6) Che le sentenze costitutive abbiano normalmente effetto *ex tunc* è insegnato dal CHIOVENDA, *Principii*, pag. 185 e segg.: cfr. anche KISCH, *Beiträge zun Urteilslehre*, Leipzig 1903, pag. 76 e segg.

(7) CHIOVENDA, Principii, pag. 180.

3. — Non so se la Corte Suprema, nel fissare in tal senso la sua giurisprudenza, mi abbia fatto l'onore di tener presente quella mia nota; amo credere di no, perchè troppo mi dorrebbe di aver ottenuto il consenso ambitissimo del Supremo Collegio su una opinione, che, non ad altro mirando allora, come si addiceva a una rapida nota giurisprudenziale, che a richiamar l'attenzione del lettore su uno spunto degno di studio, mi appare oggi, dopo più approfondita meditazione, apertamente erronea.

Le ragioni di questo mio odierno convincimento, si trovano già accennate in quegli *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico* (8), nei quali ho cercato di distinguere, tra gli effetti della sentenza, quelli *interni*, che appaiono come voluti dal giudice in coincidenza con quelli pretesi dalla parte, da quelli *esterni*, che la sentenza può esercitare indipendentemente dal domandato e dal deciso, in quanto essa figuri come fattispecie di una norma che la consideri dal di fuori, non come atto di volontà, ma come fatto giuridico in senso stretto. Mentre certi effetti della sentenza, quelli che più propriamente si comprendono sotto la espressione di effetti *del giudicato*, si producono perchè il giudice li ha voluti, ed anzi è proprio ufficio specifico del giudice, e appunto in questo consiste la giurisdizione, decidere se debbano prodursi o no (deve o non deve essere accolta la domanda di annullamento del contratto? e così via), altri effetti, che non rientrano nè possono rientrare nel *disputatum*, si producono all'infuori della volontà del giudice, che, come non è chiamato a determinarli, così non ha neanche il potere di limitarli o di sopprimerli. Quando la legge sul registro stabilisce che la pubblicazione della sentenza fa sorgere nelle parti l'obbligo di pagare una certa tassa allo Stato, o quando il codice di commercio considera la sentenza dichiarativa di fallimento come una delle condizioni del reato di bancarotta, è evidente che questi effetti fiscali o penali della sentenza, che si producono indipendentemente da ogni considerazione del giudice, non possono andar confusi con quelli relativi al rapporto controverso, al quale l'indagine del giudice è circoscritta. Tra questi effetti *esterni* della sentenza (*Nebenwirkungen*, direbbero i tedeschi (9)) c'è anche, quando la sentenza ha i caratteri previsti dall'art. 1970 del cod. civ., la nascita, a favore del creditore, del diritto ad iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore (10).

---

(8) Nel vol. III degli *Studi*, pag. 129 e segg.

(9) GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., § 63, 7 *d*).

(10) Anche il BONELLI, *Fallimento*, I, pag. 855, nota che la ipoteca giudiziale non è l'effetto « suo proprio » della sentenza di condanna, ma è un effetto « *adietto* ».

Già negli *Appunti* sopra ricordati si osserva che la sentenza di condanna, in quanto « produce » ipoteca giudiziale, non si può considerare come una sentenza *costitutiva,* nel senso in cui questa espressione è adoprata dalla corrente dottrina. Nelle vere sentenze costitutive la produzione di effetti giuridici è operata dal giudice, previo riconoscimento del diritto della parte ad ottenere il mutamento giuridico da essa preteso (11), ed in conformità di tale diritto preesistente, che ha fuori del processo il suo fatto costitutivo sostanziale: per l'ipoteca giudiziale, invece, la sentenza di condanna, anzichè l'attuazione *processuale* di un preesistente diritto all'ipoteca, è proprio e soltanto il fatto costitutivo di *diritto sostanziale,* nel quale la ipoteca trova la sua causa unica ed immediata.

La differenza tra le due situazioni è facilmente rilevabile, ponendo a paragone la sentenza *di condanna,* che *accerta* il diritto di credito, ma che *in più,* per legge, « produce » (non accerta) il diritto di iscrivere ipoteca giudiziale, colla sentenza costitutiva, che *accerta* la esistenza del diritto alla garanzia ipotecaria, in quei casi in cui, essendo controversa tra le parti la esistenza di tale diritto, esso abbia costituito il *thema decidendum* del giudizio. Si pensi, per esempio, alla differenza che passa tra il diritto ad iscrivere ipoteca che per l'art. 1970 deriva implicitamente da ogni sentenza di condanna, e il diritto ad iscrivere ipoteca supplementare che per l'art. 1980 può derivare da una sentenza costitutiva che esplicitamente lo riconosca (12). Poichè in ambedue i casi il diritto a iscrivere ipoteca diventa operativo in seguito alla sentenza, può parere, a chi guardi alla superficie, che il nesso di causalità che ricollega la ipoteca alla sentenza sia nelle due ipotesi identico. In realtà si tratta di due effetti profondamente diversi: nel secondo caso il diritto a iscrivere ipoteca è un effetto interno del giudicato, che risale al comando del giudice chiamato a decidere sulla esistenza di quel diritto; nel primo caso il diritto a iscrivere ipoteca è invece un effetto esterno della sentenza considerata come fatto giuridico, produttivo di conseguenze derivanti dalla legge e indipendenti dalla volontà del giudicante. La differenza non è soltanto teorica: perchè, mentre il diritto a iscrivere ipoteca giudiziale sorge fin dal momento della *pubblicazione* della sentenza, cioè fino da quando esiste il *fatto* sentenza, il diritto a iscrivere ipoteca supplementare nel caso sopra supposto è compreso nel campo del giudicato e quindi può essere esercitato soltanto (se non

---

(11) Chiovenda, *Principii,* pag. 195.

(12) Ipotesi espressamente prevista dal Chiovenda, *Principii,* pagg. 187-188 lett. *a*

vi è clausola di provvisoria esecutorietà) quando la sentenza *passa in giudicato*. Nè il giudice potrebbe comunque, nel pronunciare una sentenza di condanna, limitare o modificare quel diritto di ipoteca giudiziale che sorge *ex lege* e che è fuori della portata del suo potere; agli effetti della ipoteca giudiziale la sentenza è per così dire guardata dal di fuori, senz'alcun riferimento ai poteri che attraverso la sentenza il giudice esplica, entro il processo, sul rapporto controverso (13).

4. — Quanto si è detto finora sulla natura della ipoteca giudiziale, serve a dimostrare la assoluta inapplicabilità a questo caso del principio della retroattività della sentenza al giorno della domanda. Tale principio si riferisce a quei casi in cui la sentenza pronuncia su un rapporto giuridico *che ha formato oggetto della domanda*: cioè a quei casi in cui, operando la sentenza come accertamento di un diritto che *esisteva già* al momento della domanda e che, attraverso tale domanda, era stato posto nel processo come *res in iudicium deducta*, gli effetti dell'accertamento giudiziale si fanno risalire alla data della domanda, per evitare che la durata del processo vada a detrimento di colui che, al momento della domanda, era già investito del diritto originato da fatti costitutivi preesistenti al processo. Questo ragionamento si può, in sostanza, ripetere anche per le vere e proprie sentenze costitutive: nelle quali, anche se il mutamento richiesto opera *ex nunc*, esso appare però in ogni caso come attuazione di un diritto ad ottenere il mutamento, i cui fatti costitutivi preesistevano alla domanda.

La retroattività della sentenza non si può dunque intendere se non come corollario del principio fondamentale della corrispondenza tra il *decisum* ed il *petitum*: la sentenza retroagisce al giorno della domanda, perchè essa ha lo stesso oggetto della domanda, perchè l'effetto che essa determina è lo stesso effetto che l'attore ha dedotto in giudizio; ove manchi una domanda diretta a tale effetto, ove l'effetto prodotto dalla sentenza si produca indipendentemente dal *petitum* e in virtù di fatti costitutivi che al momento della domanda non esistevano ancora, la retroattività del giudicato non ha più alcuna ragion d'essere.

---

(13) Così già nei citati *Appunti*, n. 2. La Cassazione, annullando una sentenza della Corte di Appello di Firenze in cui, agli effetti della revocatoria fallimentare, era stata esattamente posta la distinzione tra accertamento del credito e produzione del diritto a iscrivere ipoteca giudiziale, ha definito « vana » tale distinzione (15 maggio 1933 in « Sett. Cass. », 1933, col. 969); ma, a giudicare dal passo della motivazione riportato nella citata « Sett. Cass. », non mi pare che la dimostrazione di tale « vanità » sia raggiunta con argomenti solidi.

Tale è appunto il caso della ipoteca giudiziale: la quale si produce non perchè l'attore l'abbia domandata, e non perchè il giudice abbia deciso favorevolmente su tale *petitum,* ma perchè colla sentenza che pronuncia sul credito (e non sul diritto d'ipoteca) sorge il fatto costitutivo del diritto d'ipoteca, che prima non esisteva. Appare dunque inaccettabile la costruzione, da me affacciata nella sopra ricordata nota, dell'azione costitutiva diretta ad ottener l'ipoteca giudiziale, che sarebbe implicita ad ogni azione di condanna (14): in realtà tale azione non esiste, neanche implicita, perchè il giudice, che è chiamato a decider sul credito, *non è chiamato a decidere sulla ipoteca giudiziale,* e non potrebbe, in quanto decide sull'azione di condanna, nè riconoscere anticipatamente un diritto di cui manca finora il fatto costitutivo, nè negare in anticipo un effetto giuridico che, in quanto sia pronunciata la condanna, deriverà *immancabilmente* dalla legge e non dalla pronuncia del giudice.

5. — Queste osservazioni potrebbero bastare, a mio avviso, a far fortemente dubitare della bontà della tesi accolta dalla Corte Suprema in tema di revocatoria fallimentare delle ipoteche giudiziali: se quella tesi si fonda, come si è visto, sul principio della retroattività della sentenza, essa viene a mancare di base quando si ritenga che quel principio non sia qui correttamente invocabile.

Ma credo che, partendo da tali premesse processuali, la questione si possa meglio approfondire anche sotto altri aspetti.

Secondo la Corte Suprema il surricordato principio della retroattività della sentenza si dovrebbe applicare anche alla ricerca della intenzione fraudolenta, da cui la sentenza possa apparire viziata: nel senso che le condizioni oggettive, che possono far presumere il *consilium fraudis,* dovrebbe riscontrarsi non soltanto al momento in cui la sentenza è stata pronunciata, ma altresì al momento in cui è stata proposta la domanda, da cui la sentenza è stata occasionata (15). Il ragionamento del Supremo Collegio si può, in altre parole, schematizzare così; per vedere se una sentenza sia impugnabile per frode, bisogna risalire alla situazione di fatto e di diritto che sussisteva al

---

(14) Nota cit., pag. 280.

(15) Sentenza del S. C. 29 maggio 1931, in « Riv. dir. comm. », 1932, II, 375; cfr. anche la sentenza 28 luglio 1932, in « Foro it. », 1932, I, 1376, in cui si osserva che colla citazione « l'attore esprime efficacemente il volere e pone le condizioni necessarie per l'ottenimento della dichiarazione di legittimità del suo credito e della condanna abolitiva della iscrizione, momento che può ben dirsi costitutivo della ipoteca, in quanto la sentenza non fa che riconoscere il preesistente stato di diritto e retroagisce per così dire alla data della citazione ».

momento in cui la domanda è stata proposta: ove, in quel momento, mancassero le circostanze (cessazione dei pagamenti) indispensabili per far presumere dettato da intenzione fraudolenta il *petitum* dell'attore, neppure si può considerare viziata la sentenza che ha accolto quel *petitum* originariamente immune da frode, anche se circostanze atte a far presumere il *consilium fraudis* si siano verificate successivamente, nel corso del processo; se, viceversa, tali circostanze esistevano al momento della domanda, allora la intenzione fraudolenta inerente al *petitum* vizia la sentenza, sulla quale il dolo iniziale della parte, presumibile fin dall'atto introduttivo del processo, si ripercuote come motivo di impugnativa. « La conoscenza della cessazione dei « pagamenti acquistata in un'epoca successiva non ha rilevanza per- « chè non può distruggere un'attività lecita quando fu spiegata e per « sè capace di produrre quegli effetti giuridici che si dovrebbero « invalidare » (16). *Mala fides superveniens non nocet.*

Senonchè il criterio di risalire, per ricercar la sussistenza della frode, al momento della domanda, anche se può in certi casi apparire esatto, quando si tratti di impugnare colla revocazione (art. 494 n. 1 cod. proc. civ.) o colla opposizione di terzo (art. 512 cod. proc. civ.) una sentenza che sia *effetto* del dolo di una parte a danno dell'altra o di collusione delle parti a danno dei terzi, non sembra utilizzabile nel caso nostro. Il provvedimento che l'attore ha *chiesto* al giudice colla domanda introduttiva del giudizio, è, nel nostro caso, una sentenza di condanna; ma la condanna, in sè e per sè, non rappresenta un *eventus damni,* perchè non è altro che l'accertamento giurisdizionale di un rapporto giuridico preesistente, che non altera la *par conditio creditorum.* Il danno agli altri creditori, la alterazione della loro *par conditio,* deriva invece dalla possibilità, data al creditore dalla sentenza, di iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore condannato; ma questo è un effetto che l'attore *non ha chiesto,* che si verifica *indipendentemente dalla sua volontà,* ed alla produzione del quale manca quel nesso tra domanda e pronuncia, che solo può far logicamente considerare come motivo di impugnabilità del *decisum* la intenzione fraudolenta del *petitum.*

La cessazione dei pagamenti, e la scienza di essa da parte del creditore, non vieta a questo, finchè il fallimento non sia stato dichiarato, di procurarsi l'accertamento giudiziale del suo credito, nè vieta al debitore di riconoscere giudizialmente il suo debito scaduto, se questo sussiste in realtà (17). La sentenza di condanna pronunciata

---

(16) Brunetti, *Diritto fallimentare,* pag. 473, nota 1.

(17) Cfr. Bonelli, *Fallimento,* I, pag. 856, nota 7.

durante lo stato di cessazione dei pagamenti non si può dunque considerare come causata da frode del creditore, nemmeno se, dopo lo inizio di tale stato, sia stata proposta anche la domanda che essa sentenza ha accolto: in quanto non può mai considerarsi come dettata da intenzione fraudolenta contro i creditori, una domanda giudiziale che mira ad un provvedimento, qual è la sentenza di condanna, dal quale questi creditori non possono risentire direttamente alcun danno.

Il pregiudizio dei creditori non deriva dunque dal fatto della condanna del debitore, ma deriva dal fatto *successivo* (che può prodursi e non prodursi, secondo che il creditore voglia o non voglia) della iscrizione della ipoteca giudiziale autorizzata dalla condanna. « Il pregiudizio recato dalla sentenza — insegna il Bonelli (18) — « non è nell'effetto suo proprio (la espressa e solenne consacrazione del- « l'obbligazione), ma nell'effetto adietto (la implicita autorizzazione al « creditore di iscrivere ipoteca sui beni del debitore), *ed è unicamen- « te alla eliminazione di questo effetto che tende la revoca. Se il « creditore non iscrive, non c'è nulla da revocare* ».

6. — A chi ponga il problema in questi termini, appare ben chiaro l'equivoco di coloro che confondono la impugnativa per frode della ipoteca giudiziale colla impugnativa per frode della sentenza di condanna, che fa sorgere il diritto di iscrivere tale ipoteca. Anche lo Zani, nel suo bel libro su *La malafede nel processo civile* (19), ha ritenuto inconcepibile « una impugnativa diretta della iscrizione, « senza quella della sentenza che ne costituisce appunto il titolo »: ed è venuto con ciò a considerare la frode del creditore, che si vale della ipoteca giudiziale, come un caso di malafede *processuale*, e la impugnativa di tale ipoteca come un caso di impugnativa di *un giudicato* (20).

Ma in questo modo si perdono di vista, a parer mio, i concetti elementari che stanno a base del sistema dei mezzi per impugnare le sentenze. Quando la legge processuale considera il dolo o la collusione come motivo di impugnativa della sentenza, presuppone immancabilmente che la attività dolosa delle parti abbia avuto efficacia *causale* sul giudicato: se il dolo della parte non avesse agito *nel processo* in modo da alterare il materiale probatorio su cui il giudice è chiamato a decidere, o se le parti concordi non si fossero

(18) Op. cit., pag. 855.

(19) Roma, 1931, pag. 332.

(20) Cfr. però dello stesso Zani, l'articolo intitolato *Sentenza di condanna e ipoteca giudiziale*, pubblicato in « Riv. dir. proc. civ. », 1933, I, pag. 253 e segg., quando questo mio studio era già in bozze.

servite *del processo* come strumento della loro collusione, il giudice *non avrebbe deciso come ha deciso.* La malafede delle parti in tanto può essere presa in considerazione come motivo di impugnativa del giudicato (in tanto, cioè, può considerarsi come *processuale*), in quanto abbia servito a deviare il giudice da quella che, se il dolo non fosse intervenuto a perturbare il giudizio, avrebbe dovuto essere la esatta pronuncia sul rapporto giuridico dedotto in lite. Ma, nel nostro caso, la attività svolta dalle parti nel processo che ha portato alla pronuncia della condanna del debitore, non può mai considerarsi, in relazione al diritto di iscrivere ipoteca giudiziale, come dolo *causale*: per la semplice ragione che nella sentenza di condanna non è contenuta, neanche implicita, *una decisione sul diritto di iscrivere ipoteca,* che possa essere stata comunque influenzata dalla condotta processuale delle parti.

E' insomma, anche qui, la solita distinzione tra il diritto su cui la sentenza decide (*res in judicium deducta*) e il diritto che sorge, indipendentemente dal contenuto della decisione, dal *fatto* della sentenza: solamente sul primo si forma il giudicato, solamente in relazione al primo si può ricercare se la indagine del giudice sia stata deviata dalla malafede processuale delle parti e si può parlare di impugnativa della sentenza che è effetto di tale malafede; ma, per quanto attiene al secondo, neppure è concepibile una impugnativa del giudicato, poichè *non esiste, nella sentenza di condanna, alcun giudicato che concerna il diritto di iscrivere ipoteca.*

Per comprendere la portata pratica di tali osservazioni basta paragonare anche qui il caso della sentenza di condanna, che « produce » (ma non accerta) il diritto di iscrivere ipoteca, colla sentenza che abbia espressamente *deciso* su tale diritto, basato su fatti costitutivi preesistenti al processo.

Facciamo l'ipotesi, che qualche situazione offerta dalla pratica potrebbe render possibile, che contro il debitore, dissestato ma non ancora fallito, un creditore chieda in giudizio l'accertamento del diritto, che egli afferma derivargli da precedente promessa del debitore, di iscrivere a garanzia del suo credito ipoteca convenzionale sui beni di lui: e che, colla passiva connivenza del convennuto, sia pronunciata, in accoglimento della domanda, una sentenza che accerta la esistenza di questo diritto.

E' chiaro che qui, se si vuole impugnare per frode la ipoteca, non si può fare a meno di impugnare la sentenza che ha accertato il diritto di iscriverla: la collusione delle parti ha agito qui sulla formazione del giudicato, di cui la iscrizione ipotecaria non è che una esecuzione in sè regolare; rimettere in discussione la validità

della ipoteca non si può, se prima non si tolga di mezzo il giudicato già formatosi *sullo stesso oggetto.*

Ma nel caso della ipoteca giudiziale « prodotta » da sentenza di condanna, la impugnativa della ipoteca non presuppone la impugnativa della sentenza, la quale, come sentenza di condanna, può essere tenuta ferma sull'oggetto deciso (accertamento del diritto *di credito*), senza che per questo essa costituisca giudicato sull'oggetto, distinto e indipendente, del diritto *di ipoteca.* Qui, impugnando la ipoteca, non si impugna un effetto interno del giudicato, non si nega un diritto già sottoposto alla cognizione del giudice e già filtrato, per così dire, attraverso il giudizio. Gli effetti esterni della sentenza, considerata come fatto giuridico sostanziale, possono essere negati o discussi senza rimettere in discussione la validità processuale della sentenza come giudicato: tra questi effetti esterni c'è anche, come sappiamo, il diritto di iscrivere ipoteca giudiziale, il quale, nonostante il passaggio in giudicato della condanna che lo « produce », resta discutibile ed impugnabile come tutti i diritti non ancora giudizialmente accertati.

A nessuno sfuggirebbe l'errore di chi sostenesse che quando lo Stato esige per la registrazione di una sentenza una tassa superiore a quella per legge dovuta, le parti, per contrastare la ingiusta pretesa, debbano per prima cosa impugnare la sentenza della cui registrazione si discute! Ma il ragionamento di chi, per impugnare una ipoteca giudiziale, ritiene preliminarmente indispensabile la impugnativa della condanna che la « produce », non è meno aberrante: perchè, come quello, ha alla sua base una fondamentale confusione tra due aspetti della sentenza, che, per ragioni pratiche più che per virtuosismo di tecnica giuridica, è necessario tener ben distinti.

7. — E allora, se la questione va posta fuor dal terreno della impugnativa del giudicato, non resta che tornare, a mio avviso, all'insegnamento del Bonelli, secondo il quale « ciò che si annulla « è l'ipoteca, non la sentenza: e la frode del creditore si consuma « *nell'atto dell'iscrizione,* anche se mancò prima » (21).

La semplice pronuncia della condanna del debitore, non seguita nè da esecuzione, nè da iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni di lui, non pregiudica gli altri creditori: l'alterazione della *par conditio* può nascere, *dopo la sentenza,* dal pagamento (22) o dalla costituzio-

---

(21) *Fallimento,* I, pagg. 858-859.

(22) Cfr. sul carattere fraudolento che può avere anche il pagamento eseguito in esecuzione di una sentenza, Bonelli, *Fallimento,* I, n. 431.

ne di garanzia reale; ma se non basta la sentenza a produrre il danno, e occorre a tale effetto un nuovo atto di volontà del creditore, è in questo atto successivo, e non nella sentenza, che si consuma la frode. A nessuno verrebbe in mente di impugnare per frode, in base al n. 4 od anche in base al n. 1 dell'art. 709, una sentenza di condanna non seguita da esecuzione o da iscrizione ipotecaria: la semplice dichiarazione giudiziale del diritto del creditore, qual è contenuta nella sentenza in sè e per sè considerata, non è un atto dannoso, e quindi non può essere senz'altro fraudolenta l'intenzione del creditore che attraverso il giudizio mira a procurarsela. Quando la Corte Suprema insegna che, se la cessazione dei pagamenti già sussisteva al momento della domanda, ciò fa presumere che il creditore abbia chiesto la condanna del debitore al solo scopo di servirsene per iscrivere ipoteca giudiziale in danno degli altri creditori, non tiene presente che, al momento in cui propone l'azione di condanna, il creditore di buona fede non ha alcun mezzo per dimostrare nella sua domanda la onestà delle sue intenzioni: la domanda del creditore probo che mira semplicemente alla dichiarazione giudiziale del suo diritto, e quella del creditore lungimirante che tende a procurarsi nella sentenza di condanna il mezzo per iscrivere ipoteca, non possono esser distinte da chi non ricorra all'arte pericolosa di leggere tra le righe. In ambedue, il *petitum* apparente è la condanna, e non altro: in ambedue non si accenna alla ipoteca giudiziale, nè per chiederla nè per rinunciarvi; e se un creditore ingenuo, per mettere candidamente le mani avanti, espressamente chiedesse al giudice di dichiarare che, col chieder la condanna, egli non intende valersene come mezzo per iscrivere ipoteca giudiziale, il giudice non potrebbe prender sul serio questo onesto scrupolo, perchè, quando si chiede la condanna del debitore, la questione della ipoteca giudiziale, che appartiene al futuro, *non est in mundo*.

Fino alla pronuncia della sentenza di condanna, il contegno del creditore, anche se tutto il giudizio si è svolto, dall'inizio alla fine, durante lo stato di cessazione, è *equivoco* (23): se il creditore dopo ottenuta la condanna, si ferma lì, vuol dire che egli non ha mai avuto intenzione di danneggiare gli altri creditori; se egli invece si muove per iscrivere ipoteca, può darsi che questo suo atto, al quale allora il giudizio di condanna appar preordinato, valga come rivelazione retrospettiva di remoti propositi fraudolenti. Ma, insomma, si resta sempre nel campo della psicologia: nel campo del diritto non si può considerar fraudolenta la volontà del creditore

(23) Cfr. FAGGELLA, in « Giur. it. », 1928, IV, pag. 24 (spec. a pag. 30).

contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, se questa volontà, formalmente indirizzata alla condanna, non è sufficiente, da sè sola, a causare il danno; se per causare questo danno occorre un altro atto di volontà dello stesso creditore, un atto veramente *causale*, cioè la iscrizione ipotecaria, nella quale la frode si consuma, perchè è in essa che il danno si concreta.

8. — La situazione, attraverso queste osservazioni, mi sembra dunque chiarita: il creditore, in forza della sentenza di condanna, acquista un diritto (potestativo), il *diritto di iscrivere ipoteca* sui beni del debitore condannato. Aver acquistato questo diritto non vuol dire ancora aver frodato i creditori: la frode consiste *nell'esercitarlo*. Per esercitare questo diritto, occorre un nuovo atto di volontà, un nuovo negozio giuridico, cioè la iscrizione ipotecaria. E' questo l'atto che, se eseguito in stato di cessazione dei pagamenti, ha carattere fraudolento: l'atto con cui *si esercita*, non l'atto con cui *si acquista* il diritto di ipoteca giudiziale. La validità della sentenza non c'entra, le recondite intenzioni del creditore durante il giudizio di dichiarazione non contano: quello che si impugna non è la sentenza come fatto costitutivo del diritto, ma è la iscrizione ipotecaria come esercizio in danno dei terzi di un diritto validamente acquisito nei confronti del debitore. Il caso, anche restando nel campo della revocazione fallimentare, non è isolato: anche l'esazione di un credito preesistente e già scaduto, e per di più riconosciuto da una sentenza, è l'esercizio di un diritto; eppure anche il pagamento, che è il negozio giuridico in cui tale esercizio si concreta, può essere impugnato colla revocatoria anche se avviene in seguito a condanna. Nè questa impugnativa del pagamento ha come necessario presupposto la impugnativa del negozio che ha dato vita al credito o della sentenza che l'ha riconosciuto: può esser fraudolento il pagamento, se avvenuto in periodo di cessazione, di un credito in sè validissimo, che poi, in sede fallimentare, verrà ammesso e sodisfatto in concorso cogli altri. Per la stessa ragione può esser fraudolenta, se avvenuta in periodo di cessazione, la iscrizione di una ipoteca giudiziale, nonostante che sia pienamente valido l'atto che ha dato vita al diritto che colla iscrizione si esercita.

Si deve dunque concludere che per la impugnativa delle ipoteche giudiziali il momento che conta, per stabilire la frode, non è nè quello della condanna, nè quello, anteriore, della domanda giudiziale (24), ma soltanto quello *della iscrizione*.

---

(24) Nè, tanto meno, un momento intermedio tra domanda e sentenza, come sostiene il VIVANTI in « Giur. it. », 1933, IV, pag. 154 e segg., nn. 11-12.

9. — Due obiezioni, per così dire tradizionali, si possono opporre a questa tesi: che, in questo modo, se la frode si estrinseca al momento della iscrizione ipotecaria che avviene senza concorso del debitore, si tratterebbe di frode *unilaterale*, contrariamente al principio che pone a base della pauliana, ordinaria e fallimentare, la collusione bilaterale del creditore col debitore; che, se la frode consistesse nella sola iscrizione, pur essendo valida e inattacabile la sentenza che « produce » il diritto di ipoteca, non avrebbe senso l'art. 710 che salva dalla revocatoria fallimentare « le iscrizioni ipotecarie prese in « virtù di un titolo riconosciuto valido ».

Ma queste due obiezioni non sono senza replica. Alla prima è facile rispondere che, anche considerando come fraudolento soltanto l'atto con cui il creditore iscrive la ipoteca, la frode del debitore si concreta nel fatto di lasciare che la ipoteca sia iscritta, cioè nel non provocare, prima che la iscrizione avvenga, la dichiarazione di fallimento: lo stesso ragionamento col quale la dottrina ritiene che in giudizio la frode del debitore possa semplicemente consistere nel lasciarsi passivamente condannare (25), si può ripetere per la colposa inerzia con cui il debitore lascia che il creditore iscriva ipoteca sui suoi beni: anche il diritto di iscrivere ipoteca, come l'azione, è un diritto potestativo, che, per esser sodisfatto, non esige la prestazione del debitore; il quale, come è soggetto alla condanna, così è soggetto (non obbligato) alla iscrizione di ipoteca giudiziale. Non aver reagito contro questa soggezione col provocare tempestivamente la apertura del fallimento, è, nell'un caso e nell'altro, l'elemento fraudolento *a parte debitoris*.

Alla seconda obiezione si risponde col distinguere, come sopra si è cercato di fare, le sentenze che, accertando il credito, producono, *ma non accertano*, il diritto di ipoteca, da quelle che, avendo come *thema decidendum* proprio la sussistenza e la validità del diritto di ipoteca, decidono su questo diritto e lo riconoscono con forza di giudicato. L'art. 710 (in quanto sia riferibile anche alle ipoteche giudiziali) può riferirsi appunto a quelle sentenze che abbiano riconosciuto che il diritto di ipoteca sussisteva, a favore del creditore, *prima dell'inizio di tale periodo*, per fatti costitutivi ad esso preesistenti: per queste sentenze che *accertano* (non « producono ») il diritto di ipoteca, l'insegnamento della Corte Suprema, secondo il quale l'indagine sulla frode deve risalire al momento della domanda, resta pienamente accettabile. Ma per le sentenze di condanna che « pro-

---

(25) Bonelli, op. cit., I, pag. 856; Brunetti, op. cit., pag. 434; Zani, op. cit., pag. 332.

ducono » (non accertano) il diritto di iscrivere ipoteca, l'art. 710 non è invocabile: quantunque nel linguaggio comune si consideri titolo costitutivo di ipoteca tanto la sentenza che *accerta come preesistente al giudizio* il diritto di ipoteca, quanto la sentenza che accertando il credito « produce » per legge tale diritto, è evidente che queste due sentenze non sono titoli costitutivi di ipoteca *allo stesso modo*. La prima è titolo della ipoteca nel senso *processuale* di *giudicato che la riconosce già sorta* in base a fatti costitutivi preesistenti: la seconda è titolo nel senso di *fatto costitutivo sostanziale* che la crea *ex novo*. Solo il titolo inteso nel primo senso è munito di quella indiscutibilità legale che retroagisce al momento della domanda, e che vieta di rimettere in discussione, per fatti sopravvenuti, quella situazione giuridica che il giudicato ha riconosciuto come esistente al momento della domanda. Cosicchè, quando si abbia una sentenza (la cui pronunzia può essere anche posteriore all'inizio del periodo sospetto), la quale accerti che il diritto a iscrivere ipoteca preesisteva, per fatti costitutivi già nati, all'inizio di tale periodo, l'iscrizione di tale ipoteca, anche se effettuata in periodo sospetto, non può costituire atto fraudolento, perchè non serve ad altro che a realizzare praticamente quella situazione patrimoniale del debitore che il giudicato ha accertato come legittimamente esistente al momento della domanda; se viceversa si abbia una sentenza di condanna, la quale sia soltanto il fatto costitutivo (ma non l'accertamento) del diritto di iscrivere ipoteca, in tal caso la iscrizione ipotecaria, se fatta in periodo sospetto, è senz'altro fraudolenta, anche se prima dell'inizio di detto periodo sia stata proposta la domanda, o addirittura pronunciata la sentenza che tale domanda ha accolto: come accade per il pagamento, che, se effettuato dopo l'inizio della cessazione, può essere revocabile *quantunque l'atto costitutivo del credito risalga a periodo non sospetto*. Alle iscrizioni ipotecarie la legge fa anzi un trattamento più favorevole che ai pagamenti; perchè, mentre a salvare dalla impugnativa il pagamento effettuato in periodo sospetto, non basta che ciò avvenga in esecuzione di un giudicato sul credito, pronunciato prima della cessazione (26), il giudicato sulla esistenza del diritto di ipoteca basta sempre, secondo l'art. 710, a rendere inattacabile la iscrizione ipotecaria, anche se effettuata, in esecuzione di tal giudicato, in periodo sospetto, purchè anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

---

(26) Bonelli I, n. 431, cit.

10. — Non nego che, partendo da queste premesse, si possa arrivare a conclusioni inique in qualche caso del tipo di quello riferito all'inizio di questo articolo: era proprio per evitare siffatte iniquità che, nella nota a sentenza, sopra ricordata (27), avevo cercato, come si è visto, di trovare una via di salvezza nel principio processuale della retroattività degli effetti della sentenza al giorno della domanda. Ma poi mi è sembrato di accorgermi, e ne ho detto in questo articolo le ragioni, che tale principio non abbia niente a che fare cogli effetti *esterni* della sentenza, qual è la ipoteca giudiziale: e ho dovuto perciò concludere che alla giurisprudenza oggi prevalente presso la Corte Suprema viene a mancare, se non mi inganno, l'argomento giuridico che solo poteva sorreggerla. Se poi mi si dimostrasse che sono in errore oggi, e che vi sono altri argomenti validi per sostenere la contraria soluzione da me affacciata nel 1929, nessuno ne sarebbe lieto più di me: perchè niente duole al giurista più dell'accorgersi che in certi casi diritto ed iniquità possono battere diverso cammino.

(27) In « Riv. dir. proc. civ. », 1929, II, pag. 274, già citata.

XVIII

COMPETENZA DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA IN TEMA DI IMMOBILI PER DESTINAZIONE ARTISTICA (*)

Ecco una sentenza che, quantunque abbia carattere interlocutorio (la controversia è poi terminata, dopo l'esito delle prove, con una transazione soddisfacente per tutti: anche per i dipinti, che sono definitivamente restati su quelle pareti a cui l'arte li aveva destinati) merita di esser pubblicata, non soltanto per la novità delle questioni giuridiche che essa pone e per la modernità di spirito con cui le risolve, ma anche perchè essa offre a conforto dei giuristi una di quelle riposanti fattispecie, vacanze intellettuali della professione forense, nelle quali una volta tanto, dietro le maglie degli articoli del Codice, si vedono trasparire non coniugi che si affannano ad annullare il matrimonio o fratelli che si azzuffano per spartirsi l'eredità o commercianti che si accusano a vicenda dei più neri raggiri, ma il pacato decoro di antiche architetture e il sorriso di belle tele nobilitate dal tempo.

C'è, a Firenze, in Via San Gallo, un palazzo di garbata architettura secentesca, già Marucelli, oggi di proprietà della Società Pirelli, nel quale l'appartamento a terreno è costituito da un seguito di sale monumentali, decorate, nei primi anni del '700, dal pittore bellunese Sebastiano Ricci: la decorazione, che è composta da un sistema di stucchi e di affreschi, combinati, nella varietà dei loro ornamenti, in una omogeneità di stile di mirabile effetto, comprende anche una serie di dipinti su tela che l'artefice applicò sulle pareti e sui soffitti, in apposite incavature del muro, nelle quali essi erano incastonati con cornici di stucco dorato facenti corpo coll'intonaco. Tali dipinti su tela costituiscono parte integrante della decorazione, non solo perchè sono destinati a starvi infissi materialmente nel modo suddetto, ma perchè essi trattano, con unità di inspirazione

---

(*) Pubblicato in « Il Foro italiano », LVIII (1933), parte I, col. 1715-1722 in nota alla sentenza 12 marzo 1932 della Corte d'Appello di Firenze; ristampato in *Studi*, III, pp. 253-265. [*Bibliografia*, n. 187].

e di stile, gli stessi soggetti mitologici e storici rappresentati negli affreschi dalla stessa mano: talchè si può dire che questa decorazione, combinando, ad opera dello stesso pittore, il sistema veneto delle tele infisse « a sfondo » sulle pareti, col sistema toscano degli affreschi, costituisca un vero e proprio « ciclo » pittorico che, com'ebbe a giudicare un eminente critico d'arte (Carlo Gamba, sulla rivista *Dedalo,* ottobre 1924, p. 308), « è uno dei monumenti più importanti dell'arte del primo Settecento, non solo per la sua bellezza, ma anche per lo sviluppo dell'arte successiva ».

I dipinti di Sebastiano Ricci, collocati tra il 1706 e il 1710, restarono al loro posto indisturbati per oltre due secoli; ma a poco a poco, nei ripetuti passaggi di proprietà del palazzo, si era perduta nei nuovi proprietarî la esatta consapevolezza del loro valore artistico, e la loro manutenzione era stata sempre più trascurata, specialmente da quando, negli ultimi decennî, le belle sale decorate erano state adibite a uffici della Esattoria comunale. Solo nel 1914 la Sovrintendenza all'Arte medievale e moderna per la Toscana, quasi scoprendo in quelle pitture un tesoro ignorato, ne notificò al proprietario di allora comm. Rosselli Tedesco, l'importante interesse artistico: e poichè i dipinti non avevano molto goduto dal prolungato contatto coi contribuenti, i quali, com'è noto, usano, mentre fanno coda dinanzi allo sportello, sfregare i fiammiferi sulla parete più vicina, o scarabocchiare su di essa i loro sentimenti verso il fisco, la Sovrintendenza consentì a scopo di restauro la temporanea remozione delle nove tele (che potè avvenire solo mediante scalpellatura delle cornici murate), e le prese in consegna per farle restaurare nell'apposito laboratorio annesso alla Galleria degli Uffizi.

Il restauro andò per le lunghe: durò quasi sei anni, dal 1922 al 1928; tanto che nel frattempo il comm. Rosselli, con contratto del 1° febbraio 1926, trovò occasione di vendere il palazzo « con tutti gli annessi e connessi, adiacenze e pertinenze, affissi ed infissi », alla Società Pirelli. Dei dipinti, temporaneamente remossi per il restauro, non si fece parola nel contratto; ma quando il restauro fu ultimato, la Sovrintendenza li riconsegnò, dietro rimborso della spesa ammontante ad oltre trentamila lire, alla nuova proprietaria Società Pirelli, affinchè li ricollocasse nelle nicchie da cui erano stati remossi: il che essa fece, restituendo alle sale monumentali, mediante un generale ripristino, eseguito da un insigne specialista, il Cerpi, con grande senso di fedeltà artistica, quell'originario splendore decorativo che oggi vi si può di nuovo ammirare.

Ma non si allietò di questo ripristino il comm. Rosselli: il quale, ritenendo che i dipinti avessero perduto la qualità di im-

mobili per destinazione fin dal momento in cui erano stati remossi, e che di conseguenza nella vendita del palazzo non potessero considerarsi implicitamente compresi, agì in rivendicazione dei medesimi contro la Sovrintendenza, che, a sua volta, chiamò in rilevazione la Società Pirelli alla quale i dipinti erano stati riconsegnati. Il Tribunale di Firenze accolse in pieno la domanda dell'attore e la conseguente domanda in rilevazione; ma la Corte di Appello, colla sentenza sopra riportata, riformò la prima decisione, ammettendo le prove per testimoni e per perizia proposte da ambedue le parti appellanti, cioè dalla Sovrintendenza (Ministero della Educazione Nazionale) e dalla Società Pirelli.

* * *

Questa singolare controversia presenta questioni assai interessanti anche sotto l'aspetto strettamente civilistico: come quella della importanza che possa avere, per fare acquistare ad una cosa il carattere di immobile per destinazione, la sua connessione artistica, anche se non accompagnata da materiale congiunzione, colla decorazione murale, o quella delle conseguenze contrattuali che possano derivare dalla temporanea remozione a scopo di restauro, operata dal proprietario prima della vendita dell'immobile, delle pertinenze artisticamente connesse con esso. Ma la controversia appare sopra tutto notevole per gli elegantissimi riflessi pubblicistici di cui essa si colora, quando si tratta di stabilire se ed in quali limiti la facoltà del proprietario di produrre o di far cessare con un atto di disposizione privata la immobilizzazione giuridica delle pertinenze del suo fondo, possa essere ristretta o abolita da quella dichiarazione di importante interesse artistico che su tali pertinenze la competente autorità amministrativa abbia emanato in forza della legge 20 giugno 1909 sulle antichità e belle arti; il che significa, per chi voglia porre il problema in termini più generali, ricercare se la nozione tradizionale dell'immobile per destinazione, che la nostra legge civile, seguendo un criterio strettamente individualistico, fonda sulla sola intenzione del proprietario, non debba oggi ritenersi allargata e modificata in base ad esigenze di interesse pubblico, per le quali la immobilizzazione giuridica può dipendere in certi casi, più che dalla volontà *soggettiva* del proprietario, dalla relazione *oggettiva* che passa tra la cosa ed il luogo in cui essa è collocata, cioè da quella che si potrebbe chiamare la *destinazione artistica,* attribuitale dall'autore, che dev'essere rispettata se non si vuol distruggere il significato estetico dell'opera d'arte.

La Corte d'appello di Firenze si è messa risolutamente per que-

sta strada, quando ha dichiarato che, per decidere se i dipinti controversi avessero la qualità di immobili per destinazione, non si poteva « dar peso soltanto alla *materiale* annessione dei medesimi », ma doveva altresì « avere importanza, e non secondaria, anche il fatto della loro annessione *artistica* »; e quando ha riconosciuto che l'art. 13 della legge sulle antichità e belle arti ha modificato i princîpi degli art. 413 e 414 cod. civ., in quanto, togliendo al proprietario la facoltà di rimuovere gli immobili per destinazione dichiarati di importante interesse artistico, ha introdotto nel nostro diritto una *immobilizzazione per ragioni artistiche, perdurante senza e magari contro la volontà del proprietario,* che il nostro Codice civile, per il quale la immobilizzazione si mantiene soltanto fino a quando al proprietario non piaccia di far cessare la destinazione da lui voluta, non conosceva.

* * *

Senonchè questa modernità di spiriti, che la sentenza annotata rivela in molta parte della sua motivazione, resta in parte annebbiata da altre considerazioni più aderenti alla tradizione, le quali danno l'impressione che la Corte, quasi per timore di apparir sovvertitrice della *communis opinio,* non abbia voluto trarre, dai fecondi principî da essa posti, tutte le conseguenze che da essi potevano logicamente desumersi.

Tale perplessità si rivela sopra tutto in quella parte della motivazione con cui preliminarmente si esamina l'eccezione di difetto di giurisdizione, opposta, nell'interesse della Sovrintendenza, dall'Avvocatura dello Stato. E' opportuno fermarsi su questo che mi sembra il punto più importante e più discutibile della sentenza annotata.

E' noto (1) che gli effetti della dichiarazione di importante interesse artistico, proveniente (nelle forme stabilite dall'art. 53 del regolamento 30 gennaio 1913 n. 363) dal Ministero della Educazione Nazionale o dalla Sovrintendenza competente per territorio, sono diversi secondochè essa si riferisca a cose mobili, ovvero a cose « immobili per natura o reputate tali per destinazione a norma dell'art. 414 cod. civ. » (art. 13, l. 20 giugno 1909, n. 364): se si tratta di mobili, appartenenti a privati, la dichiarazione di importante interesse artistico produce a carico del proprietario l'obbligo di denuncia in caso di alienazione (art. 5 della legge) o il divieto di esportazione (di cui all'art. 8 della legge ed agli art. 129-130 del reg. 30 gennaio 1913); se si tratta di immobili, per natura *o per destinazione,* la di-

(1) Cfr. in proposito NONNIS, *Competenza dell'autorità amministrativa e del giudice penale nella applicazione della legge sulla conservazione dei monumenti,* in « Riv. it. dir. penale », 1931, pag. 197 e segg., 398 e segg.

chiarazione suddetta produce altresì a carico del proprietario il divieto di demolizione, remozione, modificazione o restauro, senza l'autorizzazione del Ministero dell'Educazione Nazionale o della Sovrintendenza (art. 12 e 13 della legge; art. 74 del regolamento).

Data questa diversità di effetti, è necessario, per stabilire quali siano caso per caso le conseguenze concrete della dichiarazione di importante interesse artistico, accertare la qualifica giuridica delle cose a cui la dichiarazione si riferisce: così, trattandosi di cose per natura mobili, il divieto di remozione e di restauro entrerà in vigore solo in quanto esse siano da reputarsi giuridicamente immobili per destinazione. Si intende, ciò premesso, come sia rilevante in proposito la qualifica giuridica che delle cose dichiarate di importante interesse artistico abbia dato la competente autorità amministrativa nel relativo provvedimento: la qualifica di immobili per destinazione, contenuta nella dichiarazione, implica senz'altro, anche se erronea, volontà dell'autorità amministrativa di far entrare in vigore, in relazione a quelle cose, quei divieti di remozione e di restauro, che non sarebbero applicabili se le cose stesse fossero state considerate come semplicemente mobili.

Nel caso controverso era dubbio in fatto se la Sovrintendenza nella dichiarazione di importante interesse artistico dei nove dipinti, notificata al proprietario nel 1914, avesse inteso di considerarli come immobili per destinazione; ma, a parte la questione di fatto che qui non interessa, la Corte ha creduto di poter aggiungere alle considerazioni di specie una più generale proposizione di diritto: che, cioè, quand'anche nella dichiarazione del 1914 la Sovrintendenza avesse categoricamente qualificato i dipinti come immobili per destinazione, tale categorica qualifica resterebbe in ogni caso sindacabile dall'autorità giudiziaria ordinaria, la quale, nonostante l'atto amministrativo, sarebbe sempre competente a conoscere se nelle cose dichiarate di importante interesse artistico sussistessero in concreto, al momento della dichiarazione, quelle condizioni oggettive e soggettive da cui l'art. 414 cod. civ. (espressamente richiamato dall'art. 13 della legge) fa dipendere la qualità di immobile per destinazione.

Ora è proprio questa proposizione di diritto che mi lascia perplesso. E' certo che la dichiarazione di importante interesse artistico, emanante dalla competente autorità amministrativa, è un atto discrezionale (di quella discrezionalità che si suol chiamare *tecnica*) che non comporta sul giudizio concernente il valore artistico (o archeologico o storico) delle cose contemplate dalla dichiarazione, alcun controllo giurisdizionale, nè dell'autorità giudiziaria ordinaria, nè, sul *merito*, del Consiglio di Stato. Contro la dichiarazione di importante interesse proveniente dalla Sovrintendenza potrà l'interessato proporre ricorso

gerarchico al Ministero dell'Educazione Nazionale, il quale, sentito il parere del Consiglio Superiore delle Belle Arti, potrà riesaminare il merito e provvedere di conseguenza; ma contro questo provvedimento ministeriale l'interessato non potrà ricorrere al Consiglio di Stato se non per motivi di *legittimità*. E se, nonostante il ricorso gerarchico, la competente autorità amministrativa si ostinerà (per fare un'ipotesi stravagante ma non impossibile, com'è dimostrato, per citare un caso solo, dalla famosa polemica sugli scavi di Glozel in Francia) a considerare di grande valore artistico gli sgorbi di un imbrattatele o di grande interesse archeologico i cocci sotterrati da un pentolaio, l'interessato dovrà acquetarsi a questo giudizio discrezionale tecnico, che (salvo resipiscenza da parte della stessa autorità che lo ha emanato) resta assolutamente insindacabile in sede giurisdizionale ordinaria o speciale.

Su questo sono concordi giurisprudenza e dottrina (2). Nella dichiarazione di « importante interesse artistico » emanata dalla pubblica amministrazione, non vi è soltanto un giudizio basato su criterî tecnici, ma vi è altresì un apprezzamento di opportunità consistente nello stabilire caso per caso se il valore artistico tecnicamente accertato sia così « importante » da richiedere che, nell'interesse pubblico, l'opera d'arte sia assoggettata alle disposizioni che salvaguardano la conservazione del patrimonio artistico nazionale; siamo dunque in un caso tipico di discrezionalità tecnica, in cui la valutazione dell'opera d'arte non ha carattere assoluto e disinteressato, ma è posta in relazione con certe finalità d'ordine pubblico, l'apprezzamento delle quali è riservato insidacabilmente ai competenti organi ammnistrativi (3).

Ma, secondo la sentenza annotata, la dichiarazione di « importante interesse » proveniente dalla autorità amministrativa, insindacabile dinanzi alla autorità giudiziaria nella parte concernente la valutazione artistica della cosa, sarebbe sindacabile sul punto della *definizione giuridica* della medesima: lo stesso art. 13 della legge, il quale parla di immobili per destinazione « a norma dell'art. 414 cod. civ. », lascerebbe chiaramente intendere che la qualifica giuridica degli oggetti colpiti dalla dichiarazione è una pura *quaestio iuris*, la cui soluzione non dipende da apprezzamenti discrezionali, ma solo dalla rigorosa applicazione, riservata all'autorità giudiziaria ordinaria, della legge civile. Ora, s'io non mi inganno, si annida in questo ragionamento una sottile petizione di principio.

E' certo che l'attribuire ad una cosa la qualifica di immobile per

(2) Cfr. Sez. Un., 6 maggio 1929, in « Foro it. », 1929, I, 991; Cass. I^a^ Sez. 15 dicembre 1924, in « Foro it. », 1925, I, 156; Borsi, *La giustizia amministrativa*, 1930, p. 21; Nonnis, op. cit., p. 214.

(3) Cammeo, *Comm.*, n. 381.

destinazione implica la soluzione di una *quaestio iuris*, in quanto la nozione di immobile per destinazione si desume dalla interpretazione di una norma giuridica (art. 414 cod. civ.); ma anche l'interpretazione in astratto e l'applicazione in concreto di una norma giuridica possono implicare valutazioni di carattere tecnico tutte le volte in cui la fattispecie prevista dalla norma sia stata descritta dal legislatore con espressioni vaghe ed elastiche che lascino largo campo all'apprezzamento dell'interprete (4): e se questo apprezzamento deve esser compiuto in base a un criterio di utilità pubblica che solo l'amministrazione può valutare, esso apprezzamento, proveniente dalla competente autorità amministrativa, è discrezionale e quindi insindacabile, quantunque occasionato dalla risoluzione di una questione di diritto. Ora, nel caso nostro, come occorre un giudizio tecnico-discrezionale per determinare l'« importante interesse » di un oggetto d'arte, così una certa discrezionalità tecnica può intervenire nel giudizio con cui la pubblica amministrazione attribuisce a questo oggetto d'arte la qualifica di immobile per destinazione: la stessa sentenza qui annotata ha riconosciuto, nel seguito della sua motivazione, che anche la connessione puramente ideale ed estetica di una cosa col complesso monumentale di cui fa parte, può essere elemento rilevante per determinare la sua immobilizzazione giuridica; ma il riconoscimento di tale connessione artistica non può esser compiuto che col sussidio di speciali criterî tecnici, della stessa natura di quelli che servono alla competente autorità amministrativa per dichiarare insindacabilmente l'importante interesse artistico delle cose a cui la dichiarazione si riferisce.

Il carattere tecnico-discrezionale della qualifica di immobile per destinazione, data dalla autorità amministrativa ad una cosa nello stesso atto che la dichiara di importante interesse, appare ancor più evidente quando si rifletta che in certi casi la connessione artistica (od anche semplicemente storica) può essere l'*unico* elemento cui tale qualifica sia desumibile: se anche nella nostra dottrina va sempre più facendosi strada la opinione che considera esemplificative e non tassative le disposizioni dell'art. 414 cod. civ. (5), si deve ritenere che quando un oggetto d'arte, pur essendo mobile per natura, costituisce sotto l'aspetto artistico un accessorio e un complemento dell'immobile al quale è esteticamente connesso, possa bastare questa connessione meramente artistica (anche in mancanza di quella materiale attaccatura o infissione o collocazione in nicchia di cui parlano in via di esempli-

(4) Cfr. anche qui CAMMEO, *Commentario*, pp. 773-774.

(5) Cfr. per ultimo, con diligente rassegna di tutti i precedenti, VERGA, *Appunti sulla immobilizzazione delle statue*, in « Riv. dir. priv. », 1933, II, pp. 89 e segg.

ficazione i capoversi dell'articolo 414) a dimostrare nel proprietario quella intenzione di destinare stabilmente l'oggetto d'arte a corredo dell'edificio, dalla quale la prima parte dello stesso articolo fa dipendere, come regola generale, la immobilizzazione giuridica per destinazione. Se un immobile si guasta e si deteriora quando se ne stacchino, con effrazione delle attaccature, le pertinenze che vi siano materialmente infisse, non minore deterioramento può derivare in certi casi dallo spezzare quel vincolo meramente ideale che unisce tra loro opere d'arte nate da un'unica ideazione artistica; anzi in questo caso il danno può essere doppio: perchè, allontanando l'oggetto d'arte, mobile per natura, dall'immobile al quale artisticamente fu destinato, non soltanto si deturpa l'immobile che viene così ad essere spogliato del suo ornamento, ma si svaluta lo stesso mobile, che, avulso dall'« ambiente » per il quale fu creato, perde significato e funzione. Non per niente un trittico trecentesco lasciato nel santuario al quale l'antico maestro lo dedicò, o una lunetta robbiana lasciata sul crocevia nel tabernacolo per il quale fu ideata, hanno una intimità ed una vitalità artistica che quasi sempre si disperde nella desolata vastità dei musei.

Tra gli ufficî degli organi amministrativi delegati a soprintendere alla conservazione dei monumenti, vi è anche quello di difendere, nell'interesse pubblico, queste corrispondenze storiche ed estetiche tra certe opere d'arte e i luoghi per i quali esse furono concepite, questi vincoli spirituali che rilegano un quadro a un orizzonte, o una statua ad una facciata: il patrimonio artistico nazionale non si difende soltanto coll'impedire la distruzione o la deteriorazione materiale delle opere d'arte, o il loro trafugamento all'estero, ma altresì col mantenere, quando è possibile, la loro destinazione, che le lascia vivere, legandole a una terra o a un edificio, nella storia del nostro popolo. Ora uno dei mezzi che l'autorità amministrativa ha per tutelare questi prezioni legami, è proprio quello di impedire la remozione di un'opera d'arte col dichiararla immobile per destinazione: e i criterî in base ai quali essa abbia riconosciuto tale immobilizzazione sono, come quelli in base ai quali l'amministrazione riconosce l'« importante interesse artistico » di un'opera, non solo tecnici, ma anche discrezionali (e quindi insindacabili), perchè *implicanti l'apprezzamento di un interesse pubblico* (6).

(6) Il « ricorso all'autorità giudiziaria » che il capoverso dell'art. 13 della legge concede contro il rifiuto, da parte del Ministero, dell'autorizzazione a rimuovere, restaurare ecc. le cose immobili per destinazione, non può mai significare riesame dei criterî discrezionali che lo abbiano motivato, nè quindi riesame della qualifica di immobile per destinazione artistica, che l'autorità amministrativa abbia posto a base del rifiuto (cfr. Nonnis, op. cit., pag. 225; App. Napoli 15 maggio 1915, in « Foro it. », 1915, 1, 1160; Cass. Roma 31 gennaio 1914, in « Giur. it. », 1914, I, 1, 156 e in « Foro it. », Rep. 1914, voce *Monumento*, n. 11.)

* * *

Su questo punto, dunque, non posso essere d'accordo colla sentenza annotata: se si ritiene, com'essa ha ritenuto, che la immobilizzazione giuridica possa basarsi anche (o, aggiungo io, *soltanto*) sulla connessione artistica della cosa coll'immobile di cui è pertinenza, bisogna in questo caso per coerenza ritenere insindacabile la qualifica di immobile per destinazione data dall'autorità amministrativa, posto che tale qualifica deriva da un apprezzamento tecnico-discrezionale, ad essa demandato dalla legge, sulla relazione storico-artistica che vincola la cosa all'edificio, e sull'interesse pubblico alla conservazione di questo vincolo (7); in ogni modo, quand'anche si trattasse di una pura *quaestio iuris*, competente a deciderne non sarebbe, solo perchè viene in discussione un articolo del Codice civile, l'autorità giudiziaria ordinaria, ma in sede di legittimità il Consiglio di Stato che potrebbe conoscere di tale questione di diritto civile come pregiudiziale alla questione di diritto amministrativo, concernente l'estensione del vincolo (8).

Tuttavia, anche seguendo questa opinione, è certo che il richiamo all'art. 414 cod. civ. contenuto nell'art. 13 della legge del 1909, viene a limitare notevolmente i poteri della pubblica amministrazione in tema di immobilizzazione per destinazione artistica di cose naturalmente mobili. Il richiamo all'art. 414 cod. civ. significa in ogni caso *richiamo alla volontà del proprietario*, al quale solo compete disporre quella stabile annessione al fondo che produce la immobilizzazione giuridica della cosa annessa. E' vero che, in forza dell'art. 13 della legge, il quale, dopo la dichiarazione di importante interesse, vieta al proprietario di rimuovere senza permesso dell'autorità le cose immobili per destinazione, la volontà del proprietario viene ad essere paralizzata, nel senso che egli perde la facoltà di far cessare la stabile annessione della cosa dichiarata di importante interesse, la cui destinazione resta così fissata quale era al momento in cui tale dichiarazione l'ha colpita; ma è altresì vero che tale destinazione, che l'auto-

---

(7) Il Cons. di Stato, IV^a^ Sez., 21 novembre 1931, in « Giur. it. », 1932, III, col. 48, annullò per illegittimità l'atto con cui erano stati dichiarati di importante interesse artistico alcuni arazzi per la sola ragione che essi si trovavano come immobili per destinazione, in un palazzo dichiarato monumento nazionale; qui la insufficienza del motivo era evidente: in quanto per dichiarare di importante interesse artistico una cosa, non basta che essa si trovi, come immobile per destinazione, in un palazzo dichiarato monumento nazionale, al quale possono trovarsi stabilmente annesse cose prive di qualsiasi pregio artistico. Se invece l'autorità avesse riconosciuto la esistenza di una connessione artistica tra gli arazzi ed il palazzo, questo giudizio sarebbe stato incensurabile per le ragioni dette nel testo.

(8) Cfr. Cons. di Stato, IV^a^ Sez., 27 luglio 1933, in « Giur. it. », 1933, III, 182.

rità amministrativa può rendere, mediante la dichiarazione, giuridicamente invariabile da parte del proprietario, è una destinazione originariamente disposta *dal proprietario,* e risalente in ogni caso alla volontà, vera o presunta, di lui. La pubblica amministrazione deve prendere le cose di importante interesse artistico in quella situazione giuridica in cui le coglie al momento in cui emette la sua dichiarazione; non potrebbe ordinare la immobilizzazione giuridica di una cosa che, al momento della dichiarazione, non si trovi nelle condizioni di stabile annessione previste dall'art. 414 cod. civ., nè reintegrare nella sua destinazione remota una cosa, che, già stabilmente annessa ad un fondo, sia stata poi allontanata, prima della dichiarazione, per volontà del proprietario. La volontà del proprietario potrà dunque essere limitata o vincolata, ma non mai interamente soppressa: ed anche quando si ammetta, per le ragioni sopra spiegate, che ad immobilizzazione giuridica possa dar luogo la semplice connessione ideale, non accompagnata da materiale infissione, di una cosa coll'edificio di cui essa è artistica pertinenza, tale connessione estetica presuppone però, a termini dell'art. 414, che la cosa si trovi per volontà del proprietario annessa all'edificio, cioè materialmente collocata, entro o presso l'edificio, in quella posizione che la ragione artistica richiede. Combinando il disposto dell'art. 414 cod. civ. coll'art. 13 della legge del 1909 si potrà arrivare ad ammettere che la competente autorità amministrativa possa qualificare come immobili per destinazione una serie di quadri, materialmente mobili ed asportabili senza effrazione, purchè siano artisticamente connessi colla decorazione e coll'architettura delle sale in cui, per volontà del proprietario, *tuttora si trovano;* ma non si potrà mai, con tutta la buona volontà, arrivare ad ammettere che la autorità amministrativa insegua e ricostruisca, all'infuori della volontà del proprietario, le ormai disperse corrispondenze estetiche o storiche che passavano un tempo tra un mobile ed un fondo, a cui esso, attualmente, non è più annesso, ed operare, in vece del proprietario. quel riavvicinamento materiale della cosa al fondo, senza il quale non è possibile mettere in valore la loro connessione artistica.

Ma se tutto questo è vero *in iure condito,* sembra che *in iure condendo* sarebbe indispensabile estendere e rafforzare, per colmare queste lacune, i poteri delle autorità a cui è commessa la tutela del nostro patrimonio artistico. Quel grandioso movimento sociale, di cui ogni giorno si vede intorno a noi compiuta una tappa, che va gradualmente abolendo nella proprietà ogni contenuto individualistico e la trasforma sempre più in una funzione sociale (9), appare da tempo, nel campo

(9) Cfr. Finzi E., *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà,* Firenze, 1923.

della proprietà delle cose d'arte, assai più progredito e risoluto che in tutti gli altri campi. Da tempo lo Stato ha sentito che il patrimonio artistico nazionale, in cui il nostro popolo ritrova i documenti del suo passato e riconosce nei secoli la sua unità spirituale, è un bene per sua natura pubblico, che non può essere abbandonato ai capricci individuali del tradizionale *jus utendi et abutendi*. La continuità della nazione, i caratteri che la differenziano dalle altre genti, la sua storia e la sua gloria si esprimono nelle opere d'arte: e il privato che ha la proprietà giuridica di un oggetto artistico in cui si concreta un bene spirituale che appartiene a tutto un popolo, sempre più si avvicina ad essere considerato socialmente come custode, nell'interesse pubblico, di una cosa comune. Per questo l'art. 733 cod. pen. provvidamente abolisce per le cose artistiche l'*jus abutendi* del proprietario, e punisce come reato la distruzione e il deterioramento della cosa propria; per questo è auspicabile una disposizione che imponga ai privati proprietarî di pregevoli opere di arte il dovere di esporle periodicamente al pubblico e di non sottrarre al pubblico il godimento di una bellezza che a tutti appartiene. Per questo anche appar desiderabile che si consacri in una espressa disposizione di legge la evoluzione, già matura nella coscienza sociale, del concetto di immobile per destinazione artistica, di cui nella sentenza qui annotata si trova il preannuncio: concetto che deve essere nettamente svincolato dalla intenzione soggettiva del proprietario, ed essere solamente basato sulla relazione oggettiva, artistica o storica, l'unica socialmente interessante, che passa tra un immobile e i mobili che artisticamente o storicamente ne integrano o ne accrescono il significato. Alla sola autorità amministrativa dovrebbe esser demandato l'apprezzamento di questa relazione oggettiva; essa dovrebbe avere il potere di ordinare, se mai fosse necessario, che il nudo letto su cui spirò Giuseppe Mazzini non sia remosso dalla stanza sacra al cuore degli Italiani, e di dare così, per ragioni storiche, la qualifica di immobile per destinazione a una cosa che, sotto l'aspetto puramente privatistico, non potrebbe mai assumere tale carattere; essa dovrebbe per ragioni analoghe avere il potere di restituire al quadro disperso o alla statua rimossa dal proprietario quella esatta collocazione a cui l'autore originariamente la destinò. Destinazione artistica non deve significare destinazione da parte *del proprietario*, che obbedisce, nel disporre delle cose sue, al solo interesse individuale; ma destinazione *da parte dell'artista*, che crea per il godimento di tutti, e solo sa scegliere quale sia il luogo più adatto a mettere in valore, per la gioia di chiunque l'ammiri, l'opera sua.

XIX

LA SENTENZA CIVILE COME MEZZO DI PROVA (*)

SOMMARIO: 1. Posizione del problema: efficacia probatoria dei giudizî di fatto enunciati nelle premesse di una sentenza. — 2. La sentenza come documento. — 3. La sentenza come « prova scritta » nel procedimento ingiunzionale; valore probatorio della sentenza straniera non delibata? — 4. La sentenza come documento degli atti processuali. — 5. Cosiddetta efficacia « probatoria » della sentenza, come efficacia riflessa del giudicato. — 6. Soluzione affermativa data dalla giurisprudenza al problema posto al n. 1: casistica. — 7. Argomento a favore di questa soluzione. — 8. Critica: la soluzione non deriva dai principî del giudicato. — 9. La soluzione sotto il profilo probatorio: *a*) carattere relativo dei giudizî di fatto contenuti nella sentenza civile. — 10. *b*) L'efficacia probatoria della sentenza come presunzione. — 11. Argomento contrario desunto dall'art. 361 cod. proc. civ. — 12. Osservazioni sull'art. 28 cod. proc. pen. — 13. Conclusione.

1. — Può la sentenza *civile* valere come prova documentale *dei fatti,* che si trovano affermati nelle premesse della sua motivazione?

E' opportuno, prima di tutto, porre questo problema nei suoi precisi termini (che sono, come si vedrà, molto angusti); poichè di efficacia *probatoria* della sentenza si è parlato altra volta in margine alla teoria dei limiti soggettivi del giudicato, in un significato molto meno specifico di quello sul quale vuol rimanere limitata questa indagine (oltre, n. 5).

Quando si parla qui di sentenza come « mezzo di prova », si intende di adoprare la parola *prova* in quel senso tecnicamente proprio e ristretto in cui la parola è adoprata tradizionalmente nel processo di cognizione: cioè come prova *dei fatti.* Il problema qui posto sorge dunque in quanto ci troviamo di fronte a una sentenza *motivata,* nella quale, distintamente dal dispositivo, devono essere indicati « i

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. XV (1938), parte I, pp. 108-129; ristampato in *Studi,* V, pp. 147-169. Tradotto in lingua spagnola da M. ROMERO SÁNCHEZ e J. LOPEZ DE LA CERDA in « Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia » (México), 1943, n. 18-20, pp. 127-148, e da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 587-608. [*Bibliografia,* n. 214].

motivi *in fatto* e in diritto » (art. 360, n. 6 cod. proc. civ.) e separatamente esposte le « *questioni di fatto* dalle questioni di diritto » (art. 265 reg. gen. giud.). L'obbligo della motivazione, com'è noto, impone al giudice di riepilogare nella sua sentenza, prima di formulare nel dispositivo il comando in cui si concentra la forza vitale del provvedimento, l'*iter* logico che egli ha dovuto percorrere per poter giungere a quella conclusione: e quando nelle tappe intermedie di questo suo cammino logico egli deve risolvere questioni *di fatto*, i giudizî che egli enuncia in relazione alle medesime hanno il valore di *giudizî storici su circostanze concrete*, che rimangono così documentati nella sentenza.

Si tratta ora di vedere se questi giudizî storici su fatti concreti (la cui enunciazione è voluta dalla legge al solo scopo meramente strumentale di giustificare il provvedimento, al quale servon da premesse) possano essere avulsi dal ragionamento in cui si trovano inseriti, e utilizzati in sè stessi, per nient'altro che per il loro valore di giudizî storici, in un processo diverso (tra le stesse parti, o anche, eventualmente, tra parti diverse) in cui si torni a discutere sulla verità di quegli stessi fatti, ai quali essi giudizî si riferiscono.

Com'è facile intendere, questo problema non potrebbe presentarsi in un sistema giudiziario in cui le sentenze *non fossero motivate*: se i motivi in fatto e in diritto che hanno guidato il giudice fino al dispositivo fossero destinati a rimaner chiusi nel segreto della sua coscienza senz'affiorar pubblicamente nella sua pronuncia, la possibilità di utilizzare fuori del processo le conclusioni intermedie costituenti altrettanti punti fermi del suo ragionamento, non verrebbe neanche in discussione. Ma l'obbligo della motivazione, imponendo che il provvedimento vada ufficialmente accompagnato dalle sue premesse logiche, aumenta colla pubblicità il prestigio di queste; e riverberando su di esse un po' di quella autorità ufficiale che dovrebbe esser propria del solo dispositivo, rischia di farle apparire come altrettante espressioni di una verità di Stato, sulle quali non si potrebbe, neanche in altri processi, tornare a discutere senza mancar di rispetto al giudice che le ha formulate.

2. — Questa eventuale efficacia probatoria dei giudizî di fatto enunciati nella motivazione di una sentenza, non ha niente a che vedere col carattere di *prova del provvedimento giurisdizionale* che la sentenza può avere quando si consideri non come atto, ma come documento. La dottrina ha esattamente rilevato che la parola sentenza può significare due cose profondamente diverse: può significare l'atto del giudice, l'accertamento autoritativo in cui si esplica la sua funzione, il provvedimento giurisdizionale, insomma, che è pensabile indipen-

dentemente dalla sua redazione in iscritto; e può significare la scrittura, il *documento*, in cui questo provvedimento è registrato o, come efficacemente si dice, *rappresentato*. La sentenza intesa in questa seconda accezione, come rappresentazione scritta di un provvedimento del giudice, si può dunque considerare come una *prova documentale* di esso provvedimento. Ma questo aspetto probatorio della sentenza, su cui specialmente ha insistito il CARNELUTTI a sostegno della sua nota concezione del titolo esecutivo (che nel suo *Sistema* (1) è appunto studiato sotto il capo « *delle prove* ») non è quello che qui ci interessa: la sentenza come documento prova l'esistenza del provvedimento giurisdizionale, e quindi prova l'esistenza delle varie parti che lo compongono, tra le quali è anche la motivazione colla serie dei giudizî di fatto e di diritto ch'essa contiene; ma qui si tratta di vedere se questi giudizî di fatto, la cui formulazione è documentata dalla sentenza intesa come scrittura, abbiano a lor volta una efficacia probatoria (nel senso di *attendibilità*) fuori del processo, in cui è stata pronunciata la sentenza, che, come provvedimento, li contiene, e, come documento, li rappresenta.

Intesa come prova documentale del provvedimento del giudice, la sentenza può esser considerata sotto i profili probatorî che sono proprî dell'atto pubblico; e quando l'originale sia stato smarrito o distrutto, il problema della sua ricostruzione (ricostruzione del documento destinato a provare il provvedimento, rimasto in vigore nonostante la distruzione della scrittura che lo rappresentava) si dovrà affrontare con criterî analoghi a quelli che la legge detta per la ricostruzione degli atti pubblici (2).

3. — Sotto questo aspetto di documento rappresentativo del provvedimento, la sentenza prova l'esistenza del provvedimento, ma non ne modifica e non ne accresce la efficacia: il provvedimento è il fatto (in senso lato) di cui essa sentenza è la prova; ma quali siano gli effetti giuridici di questo fatto, è una questione che non ha niente a che vedere colla efficacia probatoria della sentenza considerata come documento.

Questa osservazione va tenuta presente quando si afferma che nel procedimento ingiunzionale la « prova scritta » di cui il creditore deve essere munito (art. 1 r. decr. 7 agosto 1936, n. 1531) può eccezionalmente consistere in una sentenza di mero accertamento del cre-

(1) *Sistema*, I, n. 279 e segg.; spec. n. 326 e segg.

(2) Cfr. LESSONA, *Prove*, IV, n. 150, pag. 197; cfr. art. 162-163 cod. proc. penale.

dito, non costituente in sè stessa titolo esecutivo (3). Qui l'espressione « prova scritta » è adoprata per la sentenza in un senso diverso da quella nel quale, in questo stesso procedimento, tale espressione è adoprata per gli altri documenti probatorî: mentre per questi la « prova scritta » che è condizione di questo procedimento, ha per oggetto *i fatti costitutivi del credito,* la sentenza di mero accertamento che eccezionalmente sia fatta valere come prova scritta è considerata in sede di ingiunzione, non per l'efficacia *probatoria* dei giudizî di fatto contenuti nelle premesse, ma per l'efficacia *decisoria* che ha la sua conclusione, contenente un accertamento del rapporto giuridico, che vale in sè, come giudicato, *senza bisogno di risalire alle sue premesse storiche.* Quando l'ingiunzione è chiesta in base a una scrittura privata, prova scritta del credito vuol dire *rappresentazione scritta dei fatti costitutivi del credito;* quando eccezionalmente è chiesta in base a una sentenza di mero accertamento, prova scritta del credito vuol dire *rappresentazione scritta del provvedimento giurisdizionale che accerta il credito.*

Chi tenga presente questa differenza comprenderà come a parer mio una sentenza straniera non delibata non possa esser fatta valere in Italia neanche agli effetti del procedimento ingiunzionale, come prova scritta, nel senso ora veduto, del credito in essa accertato (4). In realtà il valore meramente rappresentativo della sentenza come documento non può dare all'accertamento straniero maggiore efficacia giuridica di quella che abbia in sè stesso; e se si ritiene che il provvedimento rappresentato nella scrittura non abbia in Italia alcun valore giuridico prima della delibazione, tutta l'efficacia probatoria della sentenza si ridurrà, in Italia, a documentare l'esistenza di un provvedimento che da noi non ha, prima della delibazione, alcuna rilevanza giuridica: cioè a documentare, in sostanza, l'esistenza di un nulla giuridico!

Diversa sarebbe la questione se dinanzi ai giudici italiani (nel processo ordinario o in quello ingiunzionale) la sentenza straniera venisse invocata non come prova scritta dell'accertamento (contenuto nella sua conclusione), ma come prova scritta dei fatti riferiti e valutati nelle sue premesse (5): ma in tal caso il problema di questa

---

(3) Cfr. il mio volume *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana,* pag. 80; ed ora Peretti Griva, *Il proc. per ingiunzione* (Torino, 1938), pag. 55.

(4) In questo senso App. Milano, 15 maggio 1929, con note di Lipari, in *Riv. dir. proc. civ.,* 1929, II, pag. 182; Morelli, *ibidem,* pag. 194; Bosco, in *Riv. dir. int.,* 1930, pag. 244; cfr., ora, Peretti Griva, op. cit., pag. 85.

(5) Morelli, scritto cit., n. 3; Bosco, scritto cit., n. 4; Mortara, *Comm.,* V, n. 30.

efficacia probatoria delle premesse di fatto enunciate nella sentenza straniera rientrerebbe nel problema più vasto che si può proporre in genere anche per le sentenze italiane (cfr. oltre, n. 7 e segg.).

4. — Sempre sotto l'aspetto di documento rappresentativo di attività compiute nel processo, la sentenza può considerarsi, oltre che come prova del provvedimento con cui il processo si chiude, come prova dei singoli fatti, appartenenti al processo in cui quel provvedimento è stato pronunciato: la sentenza non documenta soltanto il provvedimento del giudice, ma narra, ossia rappresenta, gli atti e i fatti processuali svoltisi dinanzi allo stesso giudice in preparazione di quel provvedimento: si tratta di « fatti seguiti alla presenza » del giudice, nello stesso senso, o colla stessa efficacia probatoria, con cui l'art. 1317 cod. civ. parla dei fatti seguiti alla presenza del notaro, dei quali l'atto pubblico fa piena fede.

Ma il problema che qui ci poniamo ha tutt'altro oggetto: non riguarda l'efficacia probatoria che la sentenza può avere come rappresentazione documentale dei fatti *processuali,* attraverso ai quali si è svolto, colla presenza e colla attiva partecipazione del giudice, il procedimento di cui egli era soggetto operante, ma riguarda l'attendibilità e la trasferibilità in altri processi dei giudizî di verità pronunciati dal giudice sui fatti del rapporto sostanziale controverso, che si sono svolti prima e fuori del processo e che nel processo costituivano per il giudicante il *thema probandum* della sua attività storiografica. Anche di questi giudizî storici concernenti singoli fatti del rapporto controverso la sentenza si può considerare come prova documentale, in quanto li rappresenta e con ciò attesta che è vero che essi sono stati enunciati in quella forma nella fase decisoria di quel processo (sotto questo punto di vista anche questi giudizî si possono considerare altrettanti atti processuali); ma qui non si tratta di considerare la sentenza come rappresentazione scritta di questi giudizî (del fatto, cioè, che questi giudizî siano stati enunciati in quella forma), ma si tratta di vedere come il contenuto di questi giudizî, della cui enunciazione la sentenza è documento, possa essere apprezzato a fini probatorî in altri processi in cui sia rimessa in discussione la verità storica degli stessi fatti, che già sono stati oggetto di valutazione probatoria da parte del primo giudice.

5. — In altro senso, meno proprio e meno preciso, si è parlato di efficacia *probatoria* della sentenza, per indicare quelli effetti che più comunemente si denominano effetti *indiretti* o *riflessi* del giudicato (6).

---

(6) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema,* I, n. 102.

Tipica, come esempio di tale improprietà terminologica, è una sentenza della Corte d'appello di Venezia, 9 maggio 1922, che fu annotata dal Carnelutti (7), e che riguardava la fattispecie seguente: *A* aveva venduto un immobile a *B*, che a sua volta l'aveva rivenduto a *C;* dopo avvenuta la seconda vendita, *A* aveva ottenuto contro *B* l'annullamento giudiziale della prima, e, facendosi forte di questo giudicato, rivendicava l'immobile contro *C*, avente causa di *B;* ma *C*, convenuto nel giudizio di rivendicazione, eccepiva che egli come terzo non era toccato dal giudicato intervenuto tra *A* e *B* sulla nullità del primo contratto. La Corte veneziana osservò che la sentenza intervenuta tra *A* e *B* era fatta valere nel giudizio di rivendicazione intentato da *A* contro *C* unicamente come « mezzo di prova »: « la sentenza... non « costituisce qui un titolo di acquisto della proprietà rivendicata, ma « viene presentata come MEZZO DI PROVA del diritto di proprietà, senza « che sorga come giuridico ostacolo la cosa giudicata, i cui effetti « sono limitati alle parti che intervennero nel giudizio precedente. « L'attrice bene si avvale della sentenza per giustificare il concorso « del requisito indispensabile ad esprimere l'azione di rivendica, per- « chè, se il titolo ha efficacia limitata fra le parti circa la sua autorità « di cosa giudicata, ha efficacia *erga omnes per quanto riguarda* IL « SUO VALORE DI PROVA ».

Anche nella dottrina questa tendenza a distinguere l'efficacia *probatoria* dall'efficacia *decisoria* della sentenza, ed a cercar sul terreno della prova la giustificazione teorica di certi effetti espansivi del giudicato, che sembrerebbero oltrepassare le tradizionali rigorose barriere della cosa giudicata, non è infrequente, e può farsi risalire al diritto comune (8): basta ricordare che, secondo alcuni autori, il « pregiudizio » che legittima l'opposizione di terzo non sarebbe altro che un aspetto di quella efficacia probatoria che la sentenza spiegherebbe anche contro i terzi, e che farebbe sorgere anche nei loro confronti una *praesumptio iuris tantum,* colla conseguente inversione dell'onere della prova a carico dell'opponente (9). Ma qui, anche chi voglia rimaner sulla soglia degli agitati dibattiti concernenti l'efficacia della cosa giudicata nei confronti dei terzi, non stenta ad accorgersi che quando in questi dibattiti si cerca di introdurre distinzioni basate su concetti attinti alla teoria delle prove, questi concetti si trovano adoprati in

---

(7) In *Riv. dir. comm.*, 1922, II, pag. 473 e segg.

(8) Cfr. precedenti in MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft* (1900), § 15, pagg. 38-41.

(9) Cfr. LIPARI, *Caratteri e presupposti dell'opposizione di terzo,* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pag. 21 segg. (specialmente a pagg. 53-57): contro, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi,* n. 190.

un significato approssimativo, se non addirittura traslato, che serve piuttosto a confondere le idee che a chiarirle. In verità, quando si disputa quale ripercussione giuridica possa avere la decisione di un rapporto controverso su altri rapporti che non sono stati oggetto diretto della decisione, ma che sono connessi con quello deciso da ragioni di diritto sostanziale, non si mette con ciò in questione l'efficacia strettamente probatoria (rappresentativa) della sentenza considerata come documento, ma si discute unicamente sui limiti della efficacia decisoria del provvedimento rappresentato. Vedere in questo caso una questione di prova, vuol dire cader nella stessa improprietà di chi qualificasse questione di prova quella attinente agli effetti sostanziali che può avere nei confronti dei terzi non contraenti un contratto, regolarmente documentato in una scrittura di cui nessuno metta in dubbio la perfetta efficacia documentatrice. E poi, se di regola la prova ha per oggetto i fatti e non i rapporti giuridici, in questo caso parlar di prova sarebbe inesatto anche per un altro verso (10): perchè questa efficacia cosiddetta probatoria, che avrebbe la sentenza in pregiudizio dei terzi, sarebbe inerente all'accertamento del diritto contenuto nella conclusione del sillogismo giudiziale, e non ai giudizî di fatto contenuti nelle premesse, dei quali qui unicamente ci occupiamo.

6. — Torniamo dunque, sgombrato così il terreno dalle pericolose ambiguità verbali, al nostro ristretto problema: il quale, se la soluzione si dovesse cercare soltanto nella dottrina, si dovrebbe probabilmente risolver subito in senso negativo, come si vedrà; mentre la giurisprudenza giudiziaria assume di fronte ad esso un atteggiamento singolarmente largo, che può dare a queste mie note un interesse pratico, alimentando intorno alla questione un dissenso che, nel campo puramente dottrinale, non parrebbe neanche possibile.

Con grande frequenza infatti si vede riaffiorare nella giurisprudenza l'affermazione che il giudice possa liberamente servirsi, tra i varî elementi probatorî atti a formare la sua convinzione sui fatti controversi, anche dei giudizî sugli stessi fatti, contenuti in una sentenza precedentemente emanata in un processo diverso (11): e tale

---

(10) Cfr. Allorio, op. cit., pag. 313, nota 17.

(11) Cass., 3ª Sez. 30 nov. 1936, n. 3241: « Pur operando la cosa giudicata « soltanto fra coloro che furono parti nel giudizio, vietando ad esse di rimet- « tere comunque in discussione l'oggetto della controversia deciso, ciò non « impedisce tuttavia che il magistrato possa trarre da una sentenza irrevocabile « resa tra altre parti, come da qualsiasi prova documentale, materia di convin- « zione per decidere una diversa controversia fra altre parti » (*Mass. Foro it.*, 1936, col. 658). Nello stesso senso: 26 genn. 1935, Sez. 2ª, n. 315 (in *Mass. Foro it.*, 1935, col. 69); 12 giugno 1933, Sez. 2ª, n. 2171 (in *Mass. Foro it.*, 1933, col 435). Difficile è intendere la portata esatta del principio accolto dalla 3ª Sez.,

affermazione, contenuta in sentenze che per esser di specie si trovano riassunte nei repertorî colla sola massima, è posta così nudamente, senza giustificazione di motivi, come se si trattasse di un principio elementare sul quale non vien neppure in mente di mettersi a discutere. Sarebbe molto interessante poter analizzare le varie fattispecie giudiziarie che hanno dato occasione alla riaffermazione di questa massima: nella cui enunciazione generica può darsi che si trovino intrecciati e confusi diversi principî, che potrebbero essere individuati solo attraverso una paziente indagine condotta caso per caso. Ma poichè le sentenze, in cui tale massima è riaffermata, sono in gran parte inedite nella motivazione, mi limiterò a ricordare due soli casi tolti dalla mia esperienza professionale, i quali basteranno a far comprendere in quali vasti limiti la pratica giudiziaria sia disposta a riconoscere ai giudizî di fatto contenuti nelle motivazioni delle sentenze una efficacia probatoria che va molto al di là dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato.

La fattispecie della quale ho potuto seguire personalmente tutte le vicende giudiziarie, era la seguente: in seguito a un infortunio sul lavoro verificatosi in una cava di pietre gestita da *A*, il quale aveva regolarmente assicurato i suoi operai presso la Cassa nazionale infortuni, la vedova di un operaio rimasto vittima dell'infortunio agisce contro l'Istituto per ottenere la dovutale indennità; ma l'Istituto eccepisce la nullità della assicurazione per il motivo che *A* sarebbe stato non il vero imprenditore, ma soltanto un prestanome del vero imprenditore, indicato alternativamente in *B* o *C*. La Corte d'appello (dopo che il Tribunale aveva respinto l'eccezione e condannato l'Istituto) chiama in causa d'ufficio *B* e *C*: e, valutando le varie circostanze già acquisite agli atti, conclude senz'altro che il vero imprenditore della cava doveva ritenersi in fatto essere stato *B* (non *A* e non *C*), e di conseguenza dichiara lui *B* solo responsabile verso gli aventi diritto per la mancata assicurazione (art. 31 t. u. 31 gennaio 1904, n. 51), ma estinta per prescrizione la relativa azione (art. 17 dello stesso t. u.). La sentenza della Corte passa in giudicato; e allora la stessa vedova che aveva visto respingere per prescrizione la sua domanda contro *B*, basata sull'art. 31 sopra citato, propone contro di lui in un nuovo giudizio azione di risarcimento di danno basato sull'art. 1151 cod. civ., sotto il profilo del dolo. In questo nuovo giudizio *B* (che nel giudizio precedente non aveva potuto difendersi adeguatamente, perchè

---

9 dic. 1933, almeno com'è massimato, in *Sett. Cass.*, 1934, 67: « Non possono « venire utilizzati dal giudice, per fondarvi il suo convincimento, fatti accertati « in altra causa, fra altre persone, anche se ebbe per oggetto la medesima que- « stione. Può però una sentenza emessa fra altre parti servire come documento « di convinzione per i giudici del merito (?) ».

chiamato in causa per la prima volta in appello) chiede di dimostrare con prove orali che vero imprenditore della cava non era lui, ma *A* ovvero *C;* queste sue prove vengono dichiarate inammissibili tanto in primo quanto in secondo grado: ma, mentre nella sentenza del Tribunale il rigetto delle prove è motivato col ritenere che sulla questione pregiudiziale della individuazione del vero imprenditore della cava fosse intervenuto nel precedente giudizio un accertamento incidentale avente efficacia di giudicato, la Corte (12) dichiara che i giudizî di fatto contenuti nella precedente sentenza d'appello sulle varie circostanze attinenti all'esercizio della cava, si devono considerare, senza bisogno di ricorrere alla figura dell'accertamento incidentale, veri e proprî « punti controversi, decisi e trasfusi nella parte dispositiva « della sentenza avente autorità di cosa giudicata... Dalla irrevoca- « bilità di tale decisione promana una *verità di fatto e di diritto* che « si assume nel presente giudizio a fondamento dell'azione ».

Da questa decisione sembra dunque potersi desumere questo principio: che quando nella motivazione di una sentenza si trovano enunciati giudizî di fatto attinenti alle concrete circostanze della causa, questi giudizî storici debbono, in virtù del giudicato, valere come « verità di fatto e di diritto » in un nuovo processo che s'apra *tra le stesse parti* su una causa diversa, nella quale le stesse circostanze appaiano rilevanti a diversi fini giuridici.

Ma la vicenda giudiziaria, di cui sopra ho riassunto lo svolgimento, ha un seguito che mostra un ulteriore allargamento di questo principio. Successivamente, infatti, un altro operaio, che era rimasto ferito nello stesso infortunio, propone contro *B* (considerato come imprenditore della cava e come responsabile della mancata assicurazione) azione di risarcimento; e il Tribunale si rifiuta di ammettere le prove proposte da *B* per dimostrare la sua estraneità all'esercizio della cava, affermando che i giudizî di fatto contenuti nelle precedenti sentenze (quelle pronunciate, come si è visto, sulla domanda della vedova dell'operaio deceduto) dovevano considerarsi come facenti piena prova anche in questo processo vertente *tra parti diverse,* perchè « anche se, « per la mancanza nella specie di uno degli estremi richiesti dall'art. « 1351, la identità delle persone... non possa parlarsi in stretto senso « giuridico di cosa giudicata, è indubbio che alla sentenza della Corte « non può negarsi in questo giudizio *il valore di prova documentale* « *dei dati di fatto che dalla stessa risultano* » (13).

---

(12) Corte d'app. di Firenze, 1ª Sez., 21 aprile - 25 maggio 1937, in causa Roticiani ved. Buti c. Lombardi (ined.).

(13) Trib. di Firenze (24 luglio - 10 settembre 1937, Lamporesi c. Lombardi e l.l. c.c.; ined.).

7. — Non si può dire in verità che in queste sentenze l'affermazione di principio sia accompagnata da una persuasiva motivazione: si capisce, anzi, che il principio affermato è sembrato così elementare, da far ritenere superflua una motivazione qualsiasi.

Ma io ho cercato più volte, discutendo con magistrati la questione in linea puramente teorica, di rendermi conto delle ragioni per cui la pratica giudiziaria è disposta ad ammettere con tanta larghezza questa estensione probatoria dei giudizî di fatto enunciati nella motivazione delle sentenze: e ho potuto accorgermi che per molti giudici più che di un convincimento meditato basato su argomenti di diritto positivo, si tratta di un articolo di fede, nel quale par che sia in giuoco la serietà e il decoro della stessa loro funzione.

L'argomento fondamentale, che mi sono sentito obiettare, è stato, infatti, il seguente. Anche se i giudizî di fatto contenuti nella motivazione di una sentenza non passano in giudicato in senso giuridico, tuttavia essi non possono considerarsi come proposizioni destituite di ogni autorità morale. I giudizî di fatto contenuti in una sentenza rimangono sempre giudizî pronunciati *da un magistrato,* cioè provenienti da un organo dello Stato, tipicamente qualificato, per la sua preparazione e per il suo ufficio, a giudicare con ponderazione e con imparzialità. I giudizî del magistrato, dunque, anche se aventi per oggetto semplici circostanze di fatto non destinate a passare in giudicato in senso giuridico, sono sempre, moralmente, i più attendibili tra tutti i possibili giudizî umani, perchè provenienti da colui che fa del giudicare la sua specifica missione professionale. Ora, se in ogni processo si utilizzano come fonti di convinzione dichiarazioni provenienti da persone moralmente e tecnicamente meno qualificate del giudice (si pensi che la sorte di un processo si può giuocare sulla risposta vaga od approssimativa di un testimone, che può essere un analfabeta o un disonesto o un inguaribile distratto), com'è possibile considerare destituite di ogni attendibilità probatoria le meditate e serene valutazioni dei fatti della causa che il giudice ha inserite nella sua sentenza dopo una approfondita istruttoria e dopo un lungo raccoglimento della sua coscienza?

Alla base di questa domanda, c'è dunque un movente di carattere più sentimentale che razionale; l'idea che gli accertamenti di fatto compiuti da un giudice in un processo possano contare, fuori di quel processo, meno della deposizione di un testimone, meno di qualsiasi elemento indiziario, è un'idea che non trova credito tra i magistrati, prima di tutto e sopra tutto perchè sembra offensiva per il loro amor proprio professionale.

8. — Senonchè, a parte le sfumature d'ordine sentimentale, è certo che nel ragionamento sopra riferito vi è un nucleo che anche dal punto di vista strettamente razionale ha il suo peso: è, in sostanza, il richiamo al principio della libera valutazione delle prove, secondo il quale, in mancanza di un espresso divieto di legge, non si potrebbe inibire al giudice di prendere in considerazione, tra i varî elementi probatorî di cui egli può tener conto per risolvere le questioni della causa, i giudizî sugli stessi fatti che trovi enunciati in un'altra sentenza, e di valutare così, per arrivare a formar la convinzione propria, anche l'opinione espressa in proposito da un diverso giudice in un diverso processo.

L'impostazione del problema sul terreno della libera valutazione delle prove serve intanto a far comprendere come, nella stessa opinione di coloro che sono favorevoli a riconoscere alla motivazione delle sentenze una certa efficacia probatoria eccedente i limiti del processo, tale efficacia probatoria non trovi la sua giustificazione sul terreno della cosa giudicata. In verità, se il problema si dovesse risolvere secondo le regole dei limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato, non vi sarebbe dubbio che, all'infuori del processo in cui la sentenza è stata pronunciata, i singoli giudizî di fatto enunciati nella motivazione non possono avere in un diverso processo (nè tra le stesse parti, nè *a fortiori* tra parti diverse) alcuna autorità. « ...Il giudice non è obbligato « a tener per veri i fatti ritenuti come base del precedente giudicato, « nè le qualifiche giuridiche ad essi riconosciute... Oggetto del giu« dicato è la conclusione *ultima* del ragionamento del giudice, e non « le sue premesse; l'ultimo ed immediato risultato della decisione e non « la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici, che nella mente del « giudice costituiscono i presupposti di quei risultati » (14).

Possiamo dunque, intanto, considerar pacifico questo punto: che il considerare i giudizî storici contenuti nelle premesse di una sentenza come espressione di una verità legale avente la sua radice nei principî stessi della cosa giudicata, sarebbe certamente un errore. Anche se si ammette che questi giudizî storici, contenuti nella motivazione di una sentenza, possano conservare qualche efficacia probatoria fuori dei limiti del processo in cui sono stati enunciati, *tale efficacia non ha niente a che vedere colla autorità del giudicato,* che non investe la motivazione, ma solo la conclusione ultima del sillogismo giudiziale.

9. — Ma anche rimanendo sul terreno delle prove, senza entrare in quello del giudicato, sembra che la pretesa di utilizzare in un diverso processo i giudizî di fatto enunciati nella motivazione di una

(14) Chiovenda, *Istituzioni,* vol. I, n. 129.

sentenza, urti contro una serie di considerazioni, che qui rapidamente riassumo.

a) In un processo, com'è il nostro, fondamentalmente basato sul principio dispositivo, il valore probatorio dei giudizî di fatto che il giudice formula come premesse necessarie per arrivare alla conclusione, ha un carattere consapevolmente *relativo* e *contingente*: in quanto, data la riconosciuta imperfezione degli strumenti di indagine di cui il giudice si serve per costruire quelle premesse, esse non aspirano ad aver credito fuori del processo in cui l'indagine è stata compiuta. Quando si pensi che nel processo a tipo dispositivo il giudice, che deve decidere *secundum alligata,* deve ignorare tutta quella porzione della realtà che le parti non abbiano fatto passare entro il diaframma del suo limitato campo visivo, mentre d'altro lato deve ciecamente considerare come realtà i fatti che ambedue le parti siano concordi nel dichiarar veri; quando si pensi che, anche per l'accertamento dei fatti controversi e per la scelta degli strumenti probatorî meglio idonei a tale scopo, l'attività del giudice è in gran parte condizionata alla iniziativa delle parti, — si comprende senza fatica come la verità dei fatti di causa, fissata dal giudice nelle sue premesse, abbia una funzione meramente strumentale, in quanto essa, anzichè essere fine a sè stessa, è destinata a durare fino a che non sia raggiunto lo scopo pratico del giudicato, ed a perdere ogni autorità, anche semplicemente probatoria o storica, nel momento stesso in cui il raggiungimento di quella incontrovertibilità ufficiale del diritto, che è l'effetto tipico del giudicato, rende ormai praticamente superata e superflua ogni ulteriore indagine sulla realtà del fatto che il diritto presuppone. I giudizî di fatto che il giudice formula nel corso del suo ragionamento sono come ponti di fortuna, costruiti lì per lì coi materiali che si trovano sul posto: una volta compiuto il passaggio, e raggiunta la meta ultima che è il giudicato, i ponti provvisorî possono crollare senza danno, perchè non ci sarà più nessuno che senta il bisogno di ripercorrere lo stesso cammino. Per questo mi pare che si possa, senza offendere il costruttore che li ha tirati su alla brava, riconoscere che non c'è niente di male se questi ponti, dopo aver resistito quanto basta a passare, si rivelano poi costruiti di cartapesta: ossia mi par che si possa, senza offesa per il giudice, negare ai suoi giudizî di fatto ogni valore probatorio fuori del processo in cui sono stati formulati; perchè, anche se gli stessi fatti torneranno in discussione in occasione di un diverso processo, in ogni processo il giudice dovrà ricostruirsi nel suo laboratorio nuovi strumenti di ricerca, e ricominciare su quegli stessi fatti un nuovo lavoro di indagine, che potrà portarlo a ritenere, per quegli stessi fatti, una diversa verità. Nè questo può esser motivo di scandalo: perchè proprio questa è la portata, nota e sotto tanti aspetti benefica,

del principio dispositivo. Dato che in ogni processo le parti hanno il potere di rappresentare al giudice soltanto alcuni aspetti della realtà, il valore storico dei giudizî di fatto enunciati dal giudice è in funzione di quella rappresentazione: il giudice, nel processo a tipo dispositivo, non aspira ad accertare la verità coll'iniziale maiuscola, che sia destinata a valere in eterno oltre le contingenze, ma più modestamente si contenta di chiamar verità la somma logica di quelle allegazioni e di quelle prove che quel processo gli offre, senza escludere che domani, se sugli stessi fatti le allegazioni e le prove utilizzabili fossero diverse, la verità potrebbe apparirgli tutt'altra, com'è nel travestimento francese di un titolo pirandelliano, che par fatto apposta per servir da motto al processo dispositivo: « *chacun sa vérité* ».

10. — *b*) Indovino agevolmente l'obiezione: questa relatività dei giudizî storici del giudice potrebbe essere, si dice, un argomento insuperabile contro la loro trasferibilità in altri processi, solamente quando si pretendesse di dare ad essi, fuor del processo in cui sono nati, il valore di *prove legali;* ma quando invece si riconosce che negli altri processi il loro valore probatorio è condizionato alla libera valutazione del nuovo giudice, ciò basterà a temperare il carattere contingente di questi giudizî di fatto e ad eliminare il pericolo che essi siano ciecamente creduti, senza metterli in armonia colla diversa situazione processuale creata in questo nuovo processo dal rinnovato giuoco del principio dispositivo.

D'altra parte è noto che sempre più si va affermando, nella pratica e nella dottrina, il principio della utilizzabilità delle prove fuori del processo in cui sono state raccolte; ciò vale non solo per le prove raccolte in un dibattimento penale, sulle quali è comunemente ammesso che possa formarsi il convincimento del giudice civile, ma altresì per quelle raccolte in un processo civile, che si ritiene conservino il loro valore, purchè tra le stesse parti, anche se il processo in cui sono state raccolte si sia estinto per perenzione o sia stato annullato per incompetenza del primo giudice. Ora, se questo si ammette per le prove in genere, si dovrebbe negare per quella speciale prova che è contenuta nelle premesse di fatto di una sentenza? Se è lecito al giudice, sotto il vigile controllo della sua valutazione critica, formarsi una convinzione sui verbali di testimonianza raccolti in un altro processo, come si potrebbe vietargli di prendere in considerazione, quali elementi di persuasione liberamente valutabili, i giudizî di fatto formulati nella sentenza di un altro giudice, cioè provenienti da una fonte più pura e più autorevole di qualsiasi deposizione testimoniale?

A queste considerazioni, delle quali non mi dissimulo il peso, si può innanzitutto replicare con una domanda: è proprio sicuro che

nel nostro sistema probatorio, i giudizî di fatto contenuti nelle premesse di una sentenza si possano considerare, in senso tecnico, un mezzo di prova? In quale tra i diversi tipi di prove conosciuti dal nostro diritto si potrebbero far rientrare le premesse di fatto di una sentenza? E se, per avventura, si dovesse concludere che esse non possono classificarsi sotto alcuno dei tipi conosciuti, si potrebbe tuttavia continuare ad ammettere che esse possano essere utilizzate come elemento di convinzione del giudice in un processo diverso da quello in cui la sentenza che le contiene è stata emanata?

La pratica tedesca, la quale è costante nel senso che una sentenza civile o penale pronunciata in un processo diverso possa sempre esser utilizzata dal giudice come elemento di convinzione sui fatti in essa enunciati, fa rientrare questa efficacia probatoria della sentenza sotto la figura della prova documentale (*Urkundenbeweis*) (15); ed anche la nostra giurisprudenza, nelle sentenze ricordate sopra, segue lo stesso criterio.

Senonchè mi sembra che in questo modo il vero problema della efficacia probatoria della sentenza sia girato, non risolto. La sentenza, in quanto documento, rappresenta il provvedimento, come atto processuale avente quella forma e quel contenuto che risulta dalla scrittura; e poichè tra le varie parti di cui quel provvedimento si compone vi è anche la motivazione in fatto, la sentenza in quanto documento si può considerare come prova di quella motivazione, come rappresentazione di quei giudizî di fatto che il giudice ha formulato nel costruir le premesse del suo sillogismo. Ma l'efficacia probatoria della sentenza si ferma qui: essa documenta *l'esistenza* di quei giudizî di fatto, ma non documenta la loro esattezza e la loro intrinseca attendibilità. L'efficacia documentale della sentenza si arresta all'esterno di questi giudizî di fatto, come l'efficacia documentale dell'atto pubblico non penetra nella sostanza delle cosiddette *enunciative*: come per le enunciative si insegna esattamente che « il documento pubblico non « ha altra efficacia fuori di quella di provare che *furono emesse dalle « parti*, salva poi la questione se e quale efficacia debba riconoscersi « a tali dichiarazioni delle parti per provare i fatti enunciati » (16), così, per i giudizî di fatto contenuti nella motivazione di una decisione, l'efficacia documentale della sentenza si limita a provare *che essi furono emessi dal giudice*, salva la questione della loro attendibilità intrinseca, cioè della loro esattezza e veridicità.

Il problema della intrinseca efficacia probatoria di questi giudizi

---

(15) Cfr. Stein-Jonas, § 286, III, 4, *a*; III, 5.

(16) Carnelutti, *Sistema*, I, pag. 798.

non è dunque risolvibile coi principî della prova documentale: i quali non valgono a spiegarci per quali regole di diritto probatorio questi giudizî di fatto (dell'*esistenza* dei quali la sentenza, come atto pubblico, fa piena prova) possano esser considerati quali elementi idonei a formare la convinzione di un altro giudice in un diverso processo.

Escluso che la sentenza possa considerarsi come prova documentale dei fatti su cui nella motivazione il giudice ha espresso il suo giudizio (la sentenza, come si è visto, documenta l'esistenza dei giudizî di fatto, ma non l'esistenza dei fatti a cui questi giudizî si riferiscono!), l'attendibilità intrinseca, la forza di convinzione di questi giudizî non potrebbe, se non m'inganno, esser misurata coi criterî della testimonianza o della perizia. Il giudice, che nelle premesse della sua sentenza dà ragione delle conclusioni intermedie alle quali è giunto nella valutazione dei singoli fatti controversi, non fa opera nè di testimone, nè di perito: egli fa essenzialmente opera *di giudice*, e quelle stesse argomentazioni che egli ha inserite nella sua sentenza come preambolo e come giustificazione del suo atto di autorità, non mi pare che possano senza menomazione essere valutate in un diverso processo alla stregua della deposizione di un testimone o della relazione di un perito.

Piuttosto, se si ammette (ma *in iure condito* credo che bisogni andar molto cauti) che il principio della libera valutazione consenta alla prudenza del giudice, là dove la legge espressamente non lo vieti, la facoltà di utilizzare come elementi di convinzione tutte quelle fonti di informazione che non possono rientrare sotto i tipi di prova previsti dalla legge (le cosiddette prove *innominate*) (17), l'efficacia probatoria dei giudizî di fatto contenuti nelle premesse di una sentenza si potrebbe far passare sotto la comoda porta dell'art. 1354 cod. civ., alla quale la giurisprudenza volentieri ricorre tutte le volte in cui si tratta di introdurre discretamente nel processo nuovi strumenti di indagine che valgano ad attenuare sempre più l'originaria rigidezza del nostro sistema probatorio. Fondata così sull'art. 1354, l'efficacia probatoria della sentenza si baserebbe sul noto schema logico del ragionamento presuntivo: dal fatto noto, consistente nella esistenza di una sentenza che, nella motivazione, afferma veri certi fatti, il giudice di un diverso processo sarebbe autorizzato a ritenere che questi fatti siano veri in realtà (fatto ignoto), in ossequio alla massima di esperienza secondo la quale è probabile che i giudizî di fatto contenuti in una sentenza passata in giudicato corrispondano alla verità.

---

(17) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 306.

11. — *c*) Ma, arrivati a questo punto, credo che sia indispensabile cercar di penetrare più profondamente la ragione psicologica di questa presunzione. Può darsi che il giudice che trae dalla precedente sentenza una presunzione di verità, sia stato convinto non tanto dalla opinione personale in essa enunciata, quanto dai riferimenti alle resultanze istruttorie su cui tale opinione sia espressamente basata: in tal caso la sentenza emessa nel processo precedente non è che uno strumento sbrigativo offerto al nuovo giudice per conoscere nei loro elementi essenziali e per rivalutare *ex novo* le prove su cui la precedente sentenza si è basata; e il problema della efficacia probatoria della sentenza rientra così nell'altro problema (a cui già si è alluso precedentemente, n. 10) della utilizzabilità in un processo delle prove raccolte in un processo diverso (18).

Ma se il nuovo giudice basa il suo ragionamento presuntivo sul solo fondamento dell'opinione espressa dal giudice precedente, senza cercar di risalire da essa all'istruttoria che l'ha preceduta e di valutare nuovamente per proprio conto quei materiali probatorî su cui ha ragionato il giudice precedente, allora mi pare che questo servile ossequio alla opinione altrui non si possa considerare come un pilastro abbastanza solido per fondarvi sopra una presunzione: e che tutta la stima che un giudice possa avere per il raziocinio del collega che l'ha preceduto nel valutar gli stessi fatti, non sia sufficiente a esonerarlo dal dovere di ragionare colla testa propria.

Contro l'umana tendenza del giudice ad acquetarsi sulle opinioni già fatte, reagisce l'art. 361, n. 2 cod. proc. civ., il quale, comminando la nullità per la sentenza in cui il giudice abbia omesso di motivare, specifica che « i motivi si reputano omessi *quando la sentenza siasi « puramente riferita a quelli di un'altra sentenza »*. In questa disposizione è contenuta, se non erro, la soluzione negativa del problema che qui si discute: il giudice che, chiamato ad accertare i fatti della causa, considerasse come argomento di convinzione l'opinione già manifestata sugli stessi fatti da un altro giudice in una precedente sentenza, non farebbe altro che riferirsi ai motivi di fatto di questa sentenza, e con ciò incorrerebbe nella nullità comminata dall'art. 361. Per sfuggire alla nullità, bisogna che il secondo giudice tragga argomento dalla motivazione della precedente sentenza per risalire alle prove su cui questa si è basata, e per compiere per suo conto una diretta valutazione delle medesime: ma se non c'è questo diretto ritorno alle fonti, il cieco richiamo all'opinione del giudice precedente ed il passivo giuramento *in verba* di lui, non equivale a motivazione.

---

(18) Cfr. MORELLI, scritto cit., pag. 199.

12. — Per poter attribuire ai giudizî di fatto contenuti nella motivazione di una sentenza quella efficacia probatoria che l'art. 361 esclude, sarebbe quindi necessaria una espressa disposizione di legge: del tipo di quelle che si trovano negli artt. 25 e 27, e sopra tutto nell'art. 28 del vigente cod. proc. penale, sul quale intendo, per brevità, concentrar queste osservazioni.

Quantunque l'intitolazione degli artt. 27 e 28 parli di « autorità del giudicato penale », mi par che non tutte le disposizioni contenute in questi articoli si possano considerare come attinenti agli effetti della cosa giudicata: se la decisione che concerne il punto della « illiceità » o quello della « responsabilità del condannato » (art. 27) si può senza difficoltà inserire nel processo civile sotto il profilo del giudicato formatosi su una questione pregiudiziale alla azione di danni, quella efficacia vincolante che nel giudizio civile è attribuita dall'art. 27 alla pronuncia penale « sulla sussistenza *del fatto* », e dall'art. 28 all'« ac« certamento *dei fatti materiali* che furono oggetto del giudizio penale », sembrano richiamare, meglio che alla nozione della cosa giudicata, a quella della prova legale (19).

La tesi secondo la quale nell'art. 28 cod. proc. pen. si dovrebbe ravvisare, più che un fenomeno di cosa giudicata, un fenomeno di prova, fu sostenuta in una bella dissertazione di laurea, discussa recentemente all'Università di Firenze (20): sarebbe, questo art. 28, uno dei pochi casi (cfr. anche artt. 122 e 193, n. 1 cod. civ.) in cui la sentenza funzionerebbe veramente come un *mezzo di prova legale* dei singoli fatti « materiali » enunciati nella sua motivazione: e questa regola eccezionale sarebbe riservata alla sentenza penale, proprio perchè nel processo penale, dominato dal principio inquisitorio, l'accertamento dei fatti è compiuto con tutte quelle garanzie di indagine approfondita che mancano nel processo a tipo dispositivo e che permettono di considerare i giudizî storici formulati dai giudici penali come assai più attendibili e definitivi di quelli formulati nelle sentenze civili.

Non posso naturalmente addentrarmi qui nella critica di questa tesi, anche perchè non ho ancora perduto la speranza di veder pubblicato il lavoro in cui essa fu sostenuta. Mi limito a ricordare che nella vivace discussione a cui essa dette luogo, altre due opinioni furono manifestate intorno all'art. 28. Vi fu chi sostenne che in quell'articolo

---

(19) Anche ALLORIO, op. cit., pag. 77 nota che, nell'art. 28 « sono meno « netti che di consueto i confini tra autorità di cosa giudicata ed efficacia di « prova della sentenza ».

(20) MAX VARADI, *Regiudicata penale e azione civile*, Firenze, 1935 [ora pubbl. in *Riv. dir. proc.*, 1943, I, 255].

si parli di autorità del giudicato in senso proprio, perchè anche l'esistenza di fatti materiali può essere oggetto di una vera e propria decisione, destinata a funzionare poi nel processo civile come giudicato pregiudiziale (21); il che non è un fenomeno isolato, perchè anche nel campo del processo civile norme espresse di legge ammettono in più casi la possibilità di questioni pregiudiziali « sopra *fatti giuridici*, che « non potrebbero da soli formar oggetto *principale* di un giudizio autonomo » (22).

Ma vi fu anche chi sostenne che nell'art. 28, invece che un caso di prova legale, o un caso di giudicato su un punto pregiudiziale, si dovrebbe ravvisare un fenomeno di *preclusione*: in quanto l'accertamento dei fatti materiali, che il giudice penale necessariamente compie per costruir le premesse storiche della sua sentenza, dovrebbe esser necessariamente utilizzato dal giudice civile, al quale, ogni qual volta gli appaiono rilevanti agli effetti civili quegli stessi fatti che già furon accertati dal giudice penale, sarebbe vietato di sprecare tempo ed energie nel reiterare su quegli stessi fatti quella stessa indagine che bene il giudice penale ha compiuto una volta per tutte prima di lui. In questo divieto posto al giudice civile di rinnovare, con inutile duplicazione di lavoro, l'indagine istruttoria già compiuta anche per suo conto dal giudice penale, si dovrebbe quindi ravvisare un nuovo esempio di quella repartizione tra giudici diversi del lavoro logico occorrente per costruir la sentenza, che dà luogo alla nota figura della sentenza *soggettivamente complessa*: nella quale si ricompongono ad unità i parziali contributi elaborati in successivi compartimenti stagni da organi diversi, tenuti reciprocamente ad accettare senza discussione i risultati del lavoro esaurito nella fase precedente (così la Corte di cassazione non può ridiscutere i fatti quali sono stati accertati dal giudice di merito (23); nè il giudice di secondo rinvio può ridiscutere la opinione manifestata « sul punto di diritto » dalle Sezioni unite; ecc.). Ma questo è un argomento che meriterebbe un'indagine approfondita, quale non è possibile qui: se si costruisse l'art. 28 sotto il profilo della preclusione, potrebbe parere che si avesse, contrariamente a quello che si insegna essere un carattere costante di questa situazione processuale (24), un caso di preclusione destinata ad operare

---

(21) Questa è, se non erro, l'opinione meglio corrispondente al pensiero del CARNELUTTI, il quale nella sua *Teoria del falso*, pag. 102 insegna che il principio contenuto nell'art. 28 « si formula correttamente dicendo che l'accer- « tamento di un fatto giuridico pronunciato in sede penale vale in confronto di « tutti i rapporti, rispetto ai quali il fatto possa essere rilevante ».

(22) CHIOVENDA, *Istit.*, I, pag. 353.

(23) CHIOVENDA, *Ist.*, I, 117.

(24) La formula dell'art. 28 cod. proc. pen. può utilmente esser messa a

fuori del processo in cui si è prodotta (l'accertamento dei fatti compiuto nel processo penale varrebbe come preclusione nella fase decisoria del processo civile); il che potrebbe indurre a rimeditare il problema della preclusione, ed a cercare se i casi di preclusioni operanti in un processo diverso non siano per avventura più frequenti di quello che finora si è insegnato (es. artt. 341; 547 cpv. cod. proc. civ.; ecc.).

Nè si potrebbe trascurare, per cogliere a pieno l'esatta portata giuridica dell'art. 28, quella singolare limitazione contenuta nell'ultimo inciso dell'articolo, la quale, lasciando fuori dall'efficacia dell'accertamento penale i casi in cui « la legge civile ponga limitazione alla prova « del diritto controverso », sembra voler consacrare la natura meramente probatoria di questo accertamento, il quale, essendo destinato a venir meno di fronte ad altri mezzi di prova prevalenti in materia civile, troverebbe così la sua sistemazione ed i suoi limiti nella graduatoria delle prove legali.

13. — Si può dunque concludere che, a parte quelle poche disposizioni eccezionali in cui si può sostenere che la legge stessa abbia voluto attribuire alla sentenza penale il carattere di una prova dei fatti accertati nelle sue premesse, tale efficacia probatoria deve essere in generale negata alla sentenza civile: non solo nel senso che ad essa non possa mai riconoscersi il carattere di una prova *legale* dei fatti enunciati nelle sue premesse, ma altresì nel senso che non possa ravvisarsi in essa neanche un elemento idoneo a formare in un diverso processo la libera convinzione del giudice e a tener luogo della diretta valutazione delle prove, che sola può costituire una sufficiente motivazione della nuova sentenza.

E' pertanto augurabile che la giurisprudenza si induca a riesaminare il problema: poichè la larghezza con cui essa ha finora concepito questa pretesa efficacia probatoria delle sentenze, rischia di incoraggiare nei giudici la pigrizia mentale che tende a riposarsi sulle opinioni altrui, e di annullare in pratica quel provvido stimolo del senso di responsabilità, che è per il magistrato il dovere della motivazione.

Probabilmente questa larghezza della giurisprudenza ha la sua prima origine in una certa confusione di idee, che nella pratica non è ancora del tutto dissipata, intorno ai principî fondamentali della cosa giudicata: i confini della quale non possono apparir molto netti, mentre vige un codice che, secondo la tradizione, continua a regolare l'autorità del giudicato sotto il capo « della prova delle obbligazioni »,

---

confronto con quella del § 561 cpv. della *CPO* germanica, secondo il quale « se il giudice d'appello ha accertato che una affermazione di fatto è vera « o non vera, *so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend...* ».

ed a considerarla come una presunzione legale. Ma tutto lo sforzo della dottrina in quest'ultimo trentennio, e specialmente, proprio in questo campo, l'opera magistrale di Giuseppe CHIOVENDA, è stato indirizzato a purificare la teoria della cosa giudicata da tutte le contaminazioni di carattere probatorio, ed a porre in risalto che il giudice è chiamato a promuovere in nome dello Stato comandi irrevocabili, non a formulare in nome dello Stato giudizî storici che abbiano il suggello della infallibilità ufficiale (25). La storia, ha scritto recentemente il CROCE (26) « ... non basta a generare il giudizio del magistrato... il « proprio della sentenza del giudice sta in quella cosiddetta " sussun- « zione ", onde si fa rientrare il fatto che si ha innanzi, storicamente « ricostruito, in una norma di legge: " sussunzione " che non è un atto « teorico ma pratico, un atto volitivo, un *imperium,* che individualizza, « ossia crea la legge, e pronuncia un comando ».

Ho l'impressione che la giurisprudenza sopra criticata non abbia ben chiara questa distinzione tra storia e comando, che è il fondamento della teoria moderna della cosa giudicata: e che in essa continui a riecheggiare inconsapevolmente la vecchia concezione, da tempo condannata dalla dottrina, della cosa giudicata come *presunzione di verità,* che « *facit de albo nigrum et de quadrato rotundum* ».

---

(25) Cfr. *Ist.,* I, pagg. 343-344.

(26) In *Critica,* XXXV, fasc. V (20 settembre 1937), pag. 376.

XX

SUL GIURAMENTO COSIDDETTO NECESSARIO (*)

1. — Per intendere l'argomentazione con cui questa lucida sentenza del Supremo Collegio ha rimesso nei suoi esatti limiti d'applicazione di quel singolare istituto che è il giuramento cosiddetto *necessario* dell'art. 2142 cod. civ., bisogna tener presente la configurazione della fattispecie, che par fatta apposta per esercitare, colle sue caratteristiche di caso limite, la sagacia e la pazienza dell'interprete.

Un dottore in agraria, dopo aver assistito un cliente in una complessa pratica professionale, nello svolgimento della quale aveva ricevuto da lui un acconto di L. 4000, lo cita dopo qualche anno per farlo condannare a pagargli il residuo dei suoi onorarî, che il competente sindacato professionale aveva tassato (computando l'acconto già ricevuto) in ulteriori L. 6800. Il convenuto si difende eccependo la prescrizione ex art. 2140 cod. civ., e aggiungendo altresì che la somma di L. 4000, già versata al professionista, doveva considerarsi come sufficiente compenso dell'opera da lui prestata, e quindi corrisposta non a titolo di anticipazione, ma a saldo dell'intero debito; con ciò esplicitamente riconoscendo di aver pagato (come l'attore affermava) soltanto quelle 4000 lire *e non il residuo di L. 6800 richiesto dall'attore.* Di fronte all'eccezione di prescrizione, vincibile per l'art. 2142 cod. civ. soltanto con giuramento decisorio, la Corte d'appello di Firenze, con sentenza 5-16 giugno 1936, aveva ammesso il giuramento deferito dall'attore sulla seguente formula: « giuro di aver pagato... la somma di L. 6800 richiesta con l'atto di citazione ». Contro questa sentenza il convenuto aveva ricorso al Supremo Collegio, lamentando che questa formula non avesse carattere di decisorietà: in quanto egli non aveva mai sostenuto di aver *pagato* le L. 6800 richieste con l'atto di citazione, ma aveva sempre sostenuto *che non era tenuto a pagarle,* perchè le L. 4000 già ricevute dal professionista bastavano, a suo avviso, a costituire sufficiente compenso delle sue prestazioni; sicchè,

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. XVII (1940), parte II, pp. 125-133; ristampato in *Studi,* V, pp. 217-224. [*Bibliografia,* n. 245].

se tutta la controversia si fosse fatta dipendere da quel giuramento, egli, non volendo giurare il falso, avrebbe perduto la causa senza poter far valere la sua eccezione relativa alla eccessività della richiesta ed alla sufficienza del compenso costituito dalle L. 4000 già pagate.

La Corte di cassazione, con sua decisione del 17 novembre - 20 dicembre 1937, accolse il ricorso e rinviò alla corte di Bologna: la quale, ripresentata *hinc et inde* la causa negli stessi termini del precedente giudizio, è incorsa nel difetto diametralmente opposto a quello in cui era caduta la corte fiorentina; in quanto, dopo aver riconosciuto che la formula non era decisoria come quella che lasciava fuori la questione della insussistenza del debito, ha ritenuto che, data la irrilevanza del giuramento, non rimanesse che... accogliere l'eccezione di prescrizione. Così, mentre la sentenza della corte di Firenze aveva sacrificato le ragioni defensionali del convenuto, troncando con un giuramento concernente l'estinzione del debito una controversia in cui il convenuto si difendeva sostenendo, non già di aver pagato la somma richiesta, ma di non esser tenuto a pagarla, — la sentenza della corte di rinvio ha trascurato le ragioni dell'attore, in quanto, dopo aver riconosciuto che la questione dell'estinzione non era rilevante e che quindi il giuramento su questo punto non aveva efficacia decisoria, ha poi senz'altro accolto l'eccezione di prescrizione presuntiva, alterandone il significato da presunzione di *estinzione* in presunzione di *insussistenza* del debito.

E la Corte di cassazione, come la prima volta aveva raddrizzato la bilancia a favore del convenuto, così questa volta, colla sentenza che qui si annota, ha ristabilito l'equilibrio a favor dell'attore, venendo a una conclusione talmente semplice ed ovvia, che pare impossibile che per arrivarci siano state necessarie cinque sentenze, tra le quali due del supremo collegio: che, cioè, quando si tratta di decidere la controversia tra il professionista che vuol esser pagato e il cliente *che si rifiuta di pagarlo, perchè gli pare che la richiesta sia eccessiva,* non è più il caso di parlare di presunzione di pagamento e del giuramento necessario volto ad accertare « se realmente ha avuto « luogo l'estinzione del debito », ma si tratta soltanto di stabilire, secondo le normali regole del diritto probatorio, se il debito, certamente non pagato, sia sussistente in quella misura: di risolvere cioè una controversia relativa al fatto *costitutivo,* non relativa al fatto *estintivo* del debito.

2. — Le prescrizioni « più brevi » cosiddette *presuntive* operano, a differenza della prescrizione vera e propria che costituisce una causa di estinzione operante direttamente sul diritto sostanziale, nel campo del processo e delle prove: in quanto non estinguono per il

decorso del tempo il diritto, ma agevolano, nel giudizio che si svolge su questo diritto, la posizione probatoria del debitore, modificando a suo vantaggio le normali regole del contraddittorio e dell'*onus probandi*. Il legislatore è partito dalla massima di esperienza (alquanto ottimistica, a sentire i professionisti) che i crediti per prestazioni professionali siano normalmente estinti entro un periodo piuttosto breve: sicchè, quando un siffatto lasso di tempo sia decorso, si deve presumere, stando al *quod plerumque accidit*, che il credito sia stato pagato. Il professionista incauto che abbia lasciato passar tutto quel tempo senza chiedere il pagamento, deve dunque fare i conti con questa presunzione: se egli, decidendosi in ritardo a chiedere il pagamento non reclamato prima, si induce come *extrema ratio* a chiamare in giudizio il suo debitore, la regola dell'art. 1312 cod. civ. si applica, sì, a suo carico, nel senso che egli deve provare il fatto costitutivo del credito; ma, una volta provato dall'attore che il credito *è sorto*, l'ulteriore disposto dell'art. 1312, secondo il quale l'onere della prova si dovrebbe, per quello che attiene al fatto estintivo, spostare sul convenuto (« chi pretende essere stato liberato deve dal canto suo provare « il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione ») *non si applica a carico del debitore*: perchè costui, invece di provare il fatto estintivo, può semplicemente limitarsi ad eccepire la *prescrizione*, cioè a far funzionare quella presunzione di pagamento che inverte a suo favore l'onere della prova, e al posto dell'onere, normalmente gravante sul debitore, di provare l'estinzione del debito, sposta sul creditore l'onere di provare *che il debito non è stato estinto*.

Un primo vantaggio per il debitore, e un primo aggravamento della posizione processuale del creditore si ha, così, in siffatta inversione dell'onere della prova, derivante da questa *praesumptio iuris*, contro la quale il creditore deve combattere, portando sulle spalle un peso probatorio che normalmente non dovrebbe gravar su di lui.

Ma lo svantaggio probatorio del creditore non si ferma qui: poichè, per assolvere questo *onus probandi* eccezionale, il creditore non può servizi liberamente dei mezzi di prova che normalmente servono a provar le obbligazioni, ma come unico rimedio per sottrarsi all'effetto sfavorevole della presunzione non ha altro scampo che il giuramento decisorio da deferirsi al debitore, « per accertare se realmente ha avuto luogo l'estinzione del debito ». In questo senso il giuramento si dice *necessario*: in quanto non solo si sposta a carico del creditore un *onus probandi* che normalmente non graverebbe su lui, ma gli si impone, per assolvere questo onere straordinario, di valersi di quel mezzo piuttosto fallace che è il giuramento decisorio. Tutto si giuoca dunque sulla buona fede del debitore: il quale non solo può, coll'eccepir la prescrizione, capovolgere l'onere di prova, ma può altresì,

col giurare il falso, togliere al creditore ogni possibilità di dare con altri mezzi la prova della inconsistenza della presunzione.

Questo duplice aggravamento della posizione processuale del creditore (inversione dell'onere della prova; limitazione della prova contraria al solo giuramento decisorio) si restringe naturalmente al *solo fatto estintivo* (pagamento o altro qualsiasi fatto che abbia estinto il credito). *Per tutto il resto le posizioni rispettive del creditore e del debitore rimangono disciplinate dalle normali regole del diritto probatorio*: una volta che il creditore abbia provato, secondo le normali regole probatorie, l'esistenza del fatto costitutivo, non può il convenuto, della posizione privilegiata che la legge gli fa nei limiti suddetti, valersi *per negare la sussistenza del fatto costitutivo.* Se il debitore vuol negare la sussistenza del fatto costitutivo (negare che il credito sia sorto, o che sia sorto in quella misura) non può far altro che assoggettarsi all'onere della controprova, coi mezzi normali che deve adoprare ogni litigante quando, contro le prove portate dall'avversario, voglia valersi del suo diritto alla prova contraria.

Qui il creditore aveva provato (non era contestato) di aver eseguito a favore del convenuto certe prestazioni professionali, e aveva allegato la tassazione fatta dal competente sindacato. Se esso convenuto voleva sostenere che il compenso reclamato fosse eccessivo per quelle prestazioni (il che era in sostanza una questione attinente alla sussistenza del credito in quel *quantum*), avrebbe dovuto combattere lealmente su quel terreno, portando tutte le prove o tutti gli argomenti che potessero servire a stabilire la esatta valutazione di quel credito; ma non poteva eccepire la prescrizione presuntiva destinata ad operare soltanto sul terreno del fatto estintivo, per migliorare la sua posizione processuale su un altro campo, cioè sul campo del fatto costitutivo. Qui invece il convenuto, *pur dichiarando che il credito reclamato dall'attore non era stato pagato,* voleva servirsi della prescrizione presuntiva non già per far risultare che il credito fosse stato pagato, ma per far resultare che il credito non era sorto (e quindi non poteva essere stato pagato) nella misura fatta valere dall'attore. Il debitore pretendeva dunque di servirsi della presunzione di pagamento per esonerarsi dal dimostrare la fondatezza delle ragioni per le quali egli stesso dichiarava di non averlo pagato, e di non volerlo pagare!

3. — Il vantaggio che il debitore acquisisce in forza della prescrizione cosiddetta presuntiva si può dunque, in sostanza, ridurre a questo: mentre fino a che il termine della prescrizione breve non è trascorso, il convenuto che afferma di aver estinto il debito deve provare il fatto estintivo, quando il termine prescrizionale è decorso il convenuto può limitarsi ad *affermare* tale estinzione, salva all'attore

la prova contraria da darsi mediante delazione di giuramento allo stesso convenuto. Siamo dunque di fronte a un caso caratteristico in cui la *pro se declaratio* (affermazione di aver pagato), larvata in forma di eccezione di prescrizione, fa prova a favore del dichiarante; in cui una parte non solo ha diritto di fare con effetto probatorio una dichiarazione a suo favore, ma altresì ha *diritto* (poichè di altri mezzi di prova non può valersi l'attore) di confermare mediante giuramento questa sua affermazione. L'eccezione di prescrizione presuntiva, qual è congegnata nel nostro diritto, permette così al debitore di malafede di fare questo ragionamento: « Io affermo di aver pagato: se a questa « mia affermazione tu non vuoi credere, invitami al giuramento, ed io « giurerò ». Tale ragionamento è tanto più pericoloso, in quanto qui il giuramento è *necessario* per chi deve deferirlo: mentre di solito l'uso di questa arma insidiosa che è il giuramento decisorio viene rimesso alla *facoltà* della parte, la quale può prima di deferirlo valutarne in concreto i rischi, qui il creditore, se non vuol soccombere sotto il peso della presunzione contraria, non può fare altro che deferire il giuramento a occhi chiusi: la libera delazione è sostituita qui da una specie di delazione coatta, la quale si può riassumere per il creditore in questo dilemma: o perder la causa sotto il peso della presunzione, o dare all'avversario di malafede, coll'invitarlo a giurare, il mezzo sicuro di vincerla.

Di fronte alle possibilità di così gravi conseguenze, si capisce come la dottrina e la giurisprudenza abbiano cercato di mantenere entro rigorosi limiti l'applicazione della prescrizione presuntiva: dato che, come si è visto, sollevar questa eccezione equivale ad affermare, sia pure in forma larvata, di aver pagato, scrittori e giudici sono unanimi nel riconoscere che questa eccezione è incompatibile con qualsiasi altra eccezione del convenuto da cui possa desumersi che egli non ha pagato. Qui appunto affiora la natura probatoria di questa cosiddetta prescrizione: se il convenuto ammette di non aver pagato, non è più possibile che egli invochi a suo favore la presunzione di pagamento, che rimane distrutta dalla concomitante *contra se declaratio.*

Sotto due aspetti, dunque, nel nostro caso la sentenza che aveva accolto l'eccezione di prescrizione era erronea: per aver lasciato operare nel campo del fatto costitutivo una *praesumptio iuris* di carattere eccezionale, scritta per il solo fatto estintivo; per aver lasciato operare una presunzione di pagamento a favore di chi riconosceva esplicitamente di non aver pagato. In ultima analisi questi due distinti errori non erano che due facce di uno solo: la Corte bolognese ha erroneamente lasciato operare la prescrizione presuntiva fuor dell'ambito del fatto estintivo a cui la legge la restringe, perchè ha erronea-

mente creduto che tale prescrizione potesse essere invocata anche da chi, pur riconoscendo la insussistenza del fatto estintivo, poneva il punto decisivo della controversia sulla sussistenza del fatto costitutivo. Si tratta, come è facile intendere, di due aberrazioni concomitanti, che dimostrano sotto diverso profilo il fondamentale disconoscimento dell'istituto.

4. — La Corte di cassazione ha anche fatto giustizia di una argomentazione con cui da parte del debitore si era cercato di sostenere che discutendo sul *quantum* dovuto si discuteva in sostanza della estinzione del debito. « Io nego di dover le 6800 lire che mi vengono richieste (diceva il convenuto), perchè il debito è stato saldato colle 4000 lire che l'attore riconosce di aver avuto in acconto. Il debito è uno solo, quello sorto al momento in cui il professionista ha prestato l'opera sua: questo debito deve considerarsi sodisfatto coll'anticipazione, che, a mio avviso, bastava essa sola a costituire un adeguato compenso dell'opera prestata; sicchè, se io dico che il residuo di 6800 lire non è dovuto, parto dalla premessa che il debito è già stato sufficientemente pagato coll'acconto versato. Siamo dunque sul terreno del fatto estintivo; e quindi la prescrizione presuntiva è senza altro invocabile ».

Ma giustamente alla Corte suprema questa argomentazione è parsa sofistica: se il convenuto, insieme colla eccezione di prescrizione presuntiva, avesse, come spiegazione e rafforzamento della medesima, eccepito l'esistenza di un fatto estintivo, per cui, in forza di una transazione o di una quietanza, il credito originario fosse da considerarsi liquidato ed estinto consensualmente nella cifra già versata in acconto, allora la controversia si sarebbe concentrata *sulla esistenza di questo fatto estintivo,* e la prescrizione sarebbe stata invocata nel suo terreno naturale; ma qui il convenuto non eccepiva che il credito fosse stato realmente liquidato in quella cifra, ma affermava che, nonostante le più alte, e secondo lui esagerate, richieste del creditore, l'opera del professionista non poteva esser valutata al disopra della cifra data in acconto e quindi si doveva ritenere che un credito per cifra superiore *non fosse mai sorto.* Evidentemente qui si era nel campo del fatto costitutivo; e il prospettar la questione sotto il profilo dell'estinzione non era che un espediente dialettico che il supremo collegio ha sventato, quando ha osservato che con questo ragionamento si cercava di spostare la discussione « dal punto preciso della contesta- « zione, che resta pur sempre quello per cui le parti discutono in « ordine al credito, non già nel senso se una volta sorto sia stato « estinto, *ma in quale misura quel credito sia sorto* ».

Si aggiunga che, siccome l'eccezione di prescrizione presuntiva

è, come si è visto, un istituto di diritto processuale appartenente al campo delle prove legali, essa deve necessariamente operare nel campo del processo in cui è invocata, e quindi del *petitum* che l'attore fa valere in quel processo: anche se il debito di cui nel processo si chiede il pagamento, costituisce il residuo di un più vasto debito di cui una parte sia già stata pagata, l'eccezione di prescrizione presuntiva non potrà esser fatta valere che nei limiti *di quella domanda,* per sostenere che *è già stato pagato quel residuo di cui in quel processo si chiede il pagamento*: che se, viceversa il convenuto vorrà sostenere che quel residuo non l'ha pagato perchè *non era dovuto,* bisognerà che egli si rassegni a servirsi delle normali regole probatorie, facendo a meno di quel provvidenziale istituto della prescrizione presuntiva, in cui è consacrata l'ingenua leggenda romantica della puntualità dei debitori.

XXI

SUI POTERI DEL PUBBLICO MINISTERO INTERVENIENTE

Ho sott'occhio un'ordinanza del tribunale di Genova, 5 agosto 1942, in causa Fabiani c. Fabiani, che mostra, in maniera così tipica da sembrare studiata apposta, a quale impensato snaturamento pubblicistico del processo civile potrebbe portare, se la giurisprudenza non si fermasse a tempo su questa china, l'allargamento dei poteri del pubblico ministero oltre i limiti (già molto larghi) fissati dal nuovo codice.

Il caso è questo. In un giudizio di divisione ereditaria promosso dai coeredi attori A e B contro i coeredi convenuti C e D (quest'ultimo interdetto e rappresentato dalla tutrice) il tribunale di Genova aveva omologato con sentenza lo stato attivo e passivo dell'eredità formato dinanzi al notaio delegato: la sentenza era stata notificata, a istanza di A e B, ai convenuti C e D. Appella nel termine il solo coerede C riproponendo contro A e B una prova orale, già respinta dal tribunale, volta a dimostrare l'esistenza di ulteriori attività ereditarie; il coerede D (ossia la sua tutrice) non appella in via principale e non fa adesione al gravame di C: anzi non comparisce neanche nel giudizio di appello. La corte di Genova accoglie l'appello di C contro A e B, ammettendo la prova respinta dal tribunale. Riassunta la causa in tribunale, vi ricompare anche D; ma nel frattempo il coerede C (quello che aveva appellato) transige e cede le sue ragioni al coerede A. Il giudizio continua tra i coeredi A e B, originarî attori, e il solo convenuto D: il quale insiste per dare esecuzione alla prova orale ammessa dalla corte d'appello su appello di C. Ma A e B si oppongono, sostenendo che la richiesta di D è preclusa per lui dal passaggio in giudicato nei suoi confronti della sentenza di omologazione, che egli ha accettato.

A questo punto entra in scena il pubblico ministero « per fiancheggiare l'azione della convenuta » (tutrice dell'interdetto D): egli

---

(*) Pubblicato nella rubrica « Casi clinici » della « Rivista di diritto processuale civile », a. XIX (1942), parte II, pp. 156-160. [*Bibliografia*, n. 271].

appoggia l'istanza del coerede D diretta ad eseguire la prova ammessa dalla corte e subordinatamente deduce *ex novo* la stessa prova.

Il tribunale, decidendo su questa situazione processuale colla ordinanza sopra ricordata, ha prima di tutto ritenuto che la sentenza di omologazione fosse passata in giudicato nei confronti di D, non avendo costui fatto adesione all'appello di C in conformità dell'art. 470 cod. proc. civ. 1865, ed ha escluso che a questa fattispecie fosse applicabile l'art. 471 dello stesso codice. Ma, ciò nonostante, ha ammesso la prova, in accoglimento della richiesta del pubblico ministero con questa testuale motivazione:

« Senonchè il pubblico ministero intervenuto nella causa per l'art. 70 ult. comma del codice processuale attualmente vigente, ha chiesto di essere ammesso a provare per interrogatorio e per testi le stesse circostanze di fatto già contenute nei capitoli ammessi dalla corte d'appello.

« L'opposizione degli attori all'intervento del pubblico ministero, proposta anche alla odierna udienza, è infondata. Di questo intervento fu dato atto nella precedente ordinanza del giudice istruttore, sul motivo che esso avviene in virtù di un potere discrezionale e insindacabile del pubblico ministero, che ha ritenuto ricorrere nella fattispecie il pubblico interesse per la presenza in causa di un interdetto.

« L'ordinanza del giudice istruttore non può pertanto essere revocata.

« L'intervento del pubblico ministero, pur costituendo un'azione accessoria di effetto adesivo, poichè esso si deve espletare nei limiti dell'azione e delle eccezioni proposte dalle parti (art. 72 comma secondo cod. proc. civ.), è autonomo per quanto riguarda l'affermazione e la prova dei fatti influenti per la decisione della causa. Se si volesse ritenere il contrario, si andrebbe contro quanto risulta espressamente e letteralmente dalle norme che disciplinano l'intervento facoltativo del pubblico ministero e contro i principii processuali che ispirarono il legislatore, come si deduce dai lavori preparatori del codice processuale. Infatti nella relazione ministeriale è affermato che « il pubblico ministero non si limiterà più, come avveniva in passato, a presentare platoniche conclusioni, ma potrà, purchè nei limiti del *petitum* proposto dalle parti, appoggiarle con produzioni di documenti e richieste di prove in modo da contribuire praticamente all'accertamento della verità ed alla lotta contro le frodi processuali ».

« Inoltre non avrebbe praticamente alcun effetto il potere d'intervento del pubblico ministero, il quale si limiterebbe ad assistere al processo senza efficacemente tutelare l'interesse pubblico in forza del quale intervenne. Si è resa quindi necessaria una deroga al principio dispositivo delle parti, il quale in casi eccezionali può costituire effetti dannosi per il pubblico interesse quando si verificano particolari situazioni processuali, come nel presente caso nel quale l'interdetto può riportare grave danno da una preclusione avveratasi per inerzia della persona che aveva la sua legale rappresentanza. A questi inconvenienti, che si riferiscono ad atti di procedura già trascorsi, non può efficacemente ovviarsi se non con l'intervento in causa del pubblico ministero, il quale procede in virtù di un potere proprio.

« Il pubblico ministero intervenuto ha, infatti, potere istruttorio uguale alle parti, ma indipendente, nel senso, come si è già osservato, che può richiedere la

ammissione di prove o produrre documenti, senza spostare i limiti delle loro richieste.

« Il che nella fattispecie si verifica esattamente poichè il pubblico ministero si è limitato a ripetere, nelle sue conclusioni, letteralmente i capitoli di prova per interrogatorio e per testi dedotti dagli attori dinanzi alla corte d'appello e da questa ammessi, ma che non si potrebbero espletare nell'interesse dell'interdetto per il passaggio in giudicato della sentenza che non ammetteva tali mezzi istruttori.

« Devono, pertanto, essere ammessi l'interrogatorio e la prova per testi dedotti dal pubblico ministero per accertare le altre attività dell'asse ereditario... ».

Questa decisione mi sembra, senza alcuna possibilità di dubbio, errata.

Il nuovo cod. proc. civ., per determinare i poteri del pubblico ministero interveniente in un processo civile, distingue due ipotesi: secondo che l'intervento abbia luogo in una di quelle cause che il pubblico ministero avrebbe potuto promuovere come attore autonomo (art. 70 n. 1, in relazione all'art. 69), ovvero in una di quelle cause in cui, pur non appartenendo al pubblico ministero la legittimazione attiva autonoma, la presenza del pubblico ministero in un giudizio iniziato da altri serve alla tutela dell'interesse pubblico. I poteri del pubblico ministero intervenuto in causa sono diversamente stabiliti dall'art. 72 in corrispondenza colle due diverse ipotesi: nel primo caso (art. 72 primo comma) « il pubblico ministero, che interviene nelle cause che avrebbe potuto proporre, ha gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime »; nel secondo caso (art. 72 secondo comma) il pubblico ministero « può produrre documenti, dedurre prove e produrre conclusioni nei limiti delle domande disposte dalle parti, ma non può proporre impugnazioni contro le sentenze, salvo che nel caso previsto dall'art. 397 ».

Un'altra distinzione può farsi secondo l'art. 70: in certi casi l'intervento del pubblico ministero è *obbligatorio* (il pubblico ministero « *deve* intervenire » nei cinque casi previsti dal primo comma e nel caso previsto dal secondo comma dell'art. 70), in altri è *facoltativo* (secondo il terzo comma il pubblico ministero « *può* intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse »). Ma, in quanto ai poteri, la distinzione dell'art. 72 non coincide con questa dell'art. 70; gli « stessi poteri che competono alle parti », secondo il primo comma dell'art. 72 sono riconosciuti al pubblico ministero non in ogni caso di intervento obbligatorio, ma solo in quello previsto dal n. 1 dell'art. 70 (quando interviene « nelle cause che egli stesso potrebbe proporre »), mentre per tutti gli altri casi di intervento obbligatorio, come per quelli di intervento facoltativo, i poteri del pubblico ministero inter-

veniente sono ugualmente limitati in conformità del secondo comma dell'art. 72 (1).

Nel nostro caso si trattava di intervento del pubblico ministero *meramente facoltativo*. La causa in cui il pubblico ministero è intervenuto era tipicamente di diritto patrimoniale privato: un giudizio di divisione tra coeredi. E il fatto che tra i condividenti vi fosse un interdetto regolarmente rappresentato dalla sua tutrice non faceva rientrare la causa nè tra quelle che il pubblico ministero può proporre in via di azione autonoma, nè tra quelle enumerate nell'art. 70 in cui l'intervento del pubblico ministero è per legge obbligatorio. Qui però il pubblico ministero ha ritenuto che in questa causa di diritto privato l'interesse pubblico sorgesse dal fatto che tra le parti vi era un interdetto, sia pur regolarmente rappresentato dalla sua tutrice, il quale, senza il provvidenziale intervento del pubblico ministero, sarebbe stato danneggiato nei suoi interessi patrimoniali dalla cosa giudicata regolarmente formatasi contro di lui. Mi domando, remissivamente, se proprio giovi all'interesse pubblico un siffatto tentativo di aggiramento dell'autorità del giudicato, suggerito dal generoso desiderio di evitare un dispiacere a un privato che non ha appellato nei termini... E a chi mi obiettasse che secondo l'ultimo comma dell'art. 70 il potere del pubblico ministero di ravvisare un interesse pubblico in qualsiasi causa di diritto privato è insindacabile, risponderei che, a parer mio, nei casi di intervento facoltativo, il giudice (al quale non si può far l'offesa di credere che per cogliere tutti gli aspetti di una controversia affidata al suo giudizio abbia una sensibilità meno acuta e meno vigile di quella del pubblico ministero) ha sempre il potere di sindacare se questo interesse pubblico c'è davvero, e di dichiarare inammissibile l'intervento del pubblico ministero, ove ritenga che non vi sia (ciò mi pare che possa desumersi anche dal secondo comma dell'art. 71).

Ma questo porterebbe la discussione in un campo troppo vasto: figuriamo che qui l'interesse pubblico vi fosse, o che il giudice non avesse potere di sindacare se vi fosse; e, quindi, che l'intervento del pubblico ministero fosse ammissibile. E limitiamoci a domandare se il tribunale ha bene deciso accogliendo l'istanza del pubblico ministero per l'ammissione di quella stessa prova che, nei confronti della parte principale, era ormai (come il tribunale ha ritenuto) preclusa dal giudicato.

---

(1) Secondo il SARACENO (*La difesa dell'interesse pubblico nella soluzione extrapenale delle questioni pregiudiziali*, in *Riv. it.. di dir. pen.*, 1941, pag. 8 dell'estratto), nel caso di intervento facoltativo, il pubblico ministero non avrebbe neanche i limitati poteri probatorî consentiti dal secondo comma dell'art. 72.

Mi par che sia superfluo qui mettersi a dissertare in generale sulla natura dell'intervento del pubblico ministero, se meglio si inquadri, ed in quali casi, nella figura dell'intervento principale, ovvero in quella dell'intervento semplice o litisconsorziale (cfr. in proposito ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile,* in *Riv. dir. proc.,* 1941, I, pag. 212 e segg.; PAGANI, *La funzione del pubblico ministero,* in *Sinossi giuridica,* 1942); qui, per risolvere la questione in senso negativo, sarebbe bastato non perder d'occhio la legge, anzi, per essere esatti, due commi soli di essa: *a*): il secondo comma dell'art. 2 delle disposizioni di attuazione; *b*): il secondo comma dell'art. 72 del codice.

a) Qui, indubbiamente, il pubblico ministero non interveniva per far valere un interesse pubblico in contrasto cogli interessi privati di tutt'e due le parti (come può avvenire in quelle cause in cui le parti si accordino per ottenere dal giudice una sentenza *in fraudem legis*); ma interveniva per aiutare una delle parti contro l'altra, cioè per aiutare una parte a vincer la causa nel proprio interesse individuale a danno dell'avversario. Ma questa parte, a favore della quale il pubblico ministero era intervenuto, era stata ormai colpita dal passaggio in giudicato della sentenza che aveva respinto la prova: poteva il pubblico ministero adiuvante, nonostante questa preclusione che colpiva la parte adiuvata, riproporre *a vantaggio di questa* la stessa prova, e raggiungere così il resultato pratico di recuperare alla parte adiuvata un diritto che essa aveva già irrevocabilmente perduto? La risposta è contenuta nel secondo comma dell'art. 2 delle disposizioni di attuazione: « Il pubblico ministero, che interviene dopo la prima udienza di trattazione, può proporre eccezioni e dedurre prove *che non siano precluse in virtù di specifiche disposizioni di legge,* senza l'autorizzazione di cui all'art. 184 del codice ». I giudici LUGO e BERRI (*Disp. per l'attuazione,* ecc. *illustrate con i lavori preparatorî,* Milano, Giuffrè, 1942, pag. 19) postillano: « Il secondo comma di questo articolo vuol significare che il pubblico ministero è sciolto dalle preclusioni generali contenute negli art. 183 e 184 del codice, *ma è soggetto alle preclusioni specifiche che riguardano singole eccezioni o singole prove* (ad esempio, l'eccezione di incompetenza territoriale, di connessione di cause, ecc.) ». Qui, nel nostro caso, si era già verificata nei confronti della parte adiuvata, proprio sulla stessa istanza di prova riproposta dal pubblico ministero, quella massima preclusione che è costituita dal passaggio in giudicato della sentenza: è evidente dunque che, per il testuale disposto del citato art. 2, neanche il pubblico ministero interveniente poteva sfuggire ad essa.

b) Alla stessa conclusione il tribunale avrebbe dovuto giungere qualora avesse più attentamente considerato il secondo comma dell'art. 72, in relazione coll'art. 397. Qui, infatti, questo intervento del

pubblico ministero per far ammettere una prova già respinta da una sentenza passata in giudicato, si è risolto a vantaggio della parte adiuvata in una specie di *restitutio in integrum* contro quella sentenza, cioè in una impugnazione della medesima, proposta dal pubblico ministero per conto della parte che ha perduto il diritto di impugnarla direttamente. Un siffatto mezzo di impugnazione per conto altrui non è conosciuto dal nostro diritto processuale; ma, anche se fosse conosciuto, il pubblico ministero non sarebbe stato legittimato a proporlo qui, perchè, all'infuori della ipotesi prevista nel n. 1 dell'art. 70 (art. 72 primo comma) « il pubblico ministero non può proporre impugnazioni contro le sentenze, salvo che nel caso previsto nell'art. 397 ». Ma l'art. 397 legittima il pubblico ministero a proporre la revocazione solo nelle cause « in cui l'intervento del pubblico ministero è *obbligatorio* »; non dunque nei casi in cui, come qui, l'intervento era meramente *facoltativo* (art. 70 ultimo comma). Si aggiunga poi che, anche se qui l'intervento fosse stato obbligatorio, la revocazione sarebbe stata del pari improponibile, non verificandosi alcuni dei due motivi che l'art. 397 *tassativamente* prevede.

In conclusione, l'ordinanza del tribunale è basata su un grosso equivoco. Le intenzioni che hanno indotto il pubblico ministero ad intervenire e a riproporre la prova già preclusa dal giudicato, e il tribunale ad accoglierla nonostante il giudicato, possono essere state nobili ed umane; ma il rispetto del giudicato e delle leggi dev'essere superiore alle buone intenzioni. Altrimenti, se si continuasse su questa strada, potrebbe diventar generale, attraverso lo spiraglio dell'art. 70 ultimo comma, questo intervento *pietatis causa* del pubblico ministero negli affari privati, unicamente spinto dal desiderio di consolare le ambascie da cui è afflitto il litigante negligente, quando deve accorgersi a sue spese che le sentenze non appellate in tempo passano in giudicato.

XXII

SULLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA NELL'AZIONE DI ACCERTAMENTO (*)

1. — Una singolare fattispecie ha dato modo alla Corte suprema di affrontare un problema che nella pratica non si presenta con frequenza, ma che ha grande importanza per la costruzione teorica dell'azione di mero accertamento.

Il caso, nei termini di fatto rilevanti per il problema giuridico, era questo. Le parti alle quali si riferiva il rapporto controverso, erano tre: l'Unione bancaria nazionale, originaria creditrice; la società Pietro Agosteo, debitrice principale; il sig. Enrico Agosteo, fideiussore. A un certo momento Enrico Agosteo, fideiussore, aveva estinto il credito dell'Unione bancaria nazionale, pagando ad essa due milioni di lire; e si era rivolto in via di rivalsa contro la società Pietro Agosteo (originaria debitrice principale) per essere rimborsato da essa della somma da lui pagata all'Unione bancaria; ma la società Pietro Agosteo gli aveva eccepito che il credito dell'Unione bancaria non era di *due milioni*, quanti egli ne aveva pagati, ma soltanto, all'incirca, *di un milione e duecento mila lire*.

Il problema processuale che sorgeva da questa situazione di fatto era il seguente: poteva la società Agosteo, allo scopo di ridurre nei confronti del fideiussore l'ammontare del proprio obbligo di rivalsa, agire in via di mero accertamento nei confronti della originaria creditrice Unione bancaria (il cui credito, si ripete, era già stato estinto dal fideiussore) per far dichiarare che, prima della estinzione, il suo credito non era di due milioni, ma di un milione e duecento mila lire? Tale problema potrebbe anche porsi in termini generali: quando il fideiussore ha pagato il debito, estinguendo così il diritto del creditore, può il debitore principale, convenuto in via di regresso dal fideiussore, agire in via di mero accertamento contro il creditore già sodisfatto, per far accertare che il suo credito era di ammontare inferiore a quello che il fideiussore ha pagato?

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale civile », a. XX (1943), parte II, pp. 39-45; ristampato in *Studi*, V, pp. 255-266. [*Bibliografia*, n. 280].

La corte d'appello di Brescia, colla sentenza 20 gennaio 1940, poi denunciata in cassazione dalla società Agosteo, aveva risposto negativamente al quesito, col seguente ragionamento.

Il debito che originariamente aveva la società Agosteo nei confronti della Unione bancaria è stato estinto per *novazione soggettiva*, avendo Enrico Agosteo assunto su di sè l'intera posizione debitoria della società: quindi il rapporto obbligatorio originario tra l'Unione bancaria e la società è ormai *estinto*. Da questa ritenuta estinzione del rapporto obbligatorio principale deriva come conseguenza che, essendo stata in tal modo la società liberata di ogni suo obbligo nei confronti della Unione bancaria, rimane « esclusa ogni futura possibilità di lite » fra la società e l'Unione bancaria in ordine al rapporto giuridico estinto. E allora (continuava la sentenza della corte di Brescia), se questa premessa è esatta, ne deriva come conseguenza che la società non può agire contro l'Unione bancaria in ordine al rapporto estinto, *neanche in via di mero accertamento;* infatti anche nelle azioni di mero accertamento, per poter esperimentare legittimamente l'azione occorre che questa sia instaurata in contraddittorio di colui nei confronti del quale la sentenza di mero accertamento dovrà spiegare autorità di giudicato, « non potendo concepirsi in questa, come in ogni altra controversia, un contraddittorio *legittimo*, senza il presupposto della *futura attuabilità del diritto perseguito a carico della controparte* ». E più avanti: « la *legitimatio ad causam* dal lato passivo non può risiedere che in chi è parte stessa del rapporto, che dal fatto in discorso vien posto giuridicamente in dubbio, sia pure in unione a colui dal quale muove la contestazione determinativa dello stato di incertezza ».

In conclusione dunque la corte di Brescia aveva ritenuto l'improponibilità della azione di mero accertamento *non sotto il profilo della mancanza di interesse, ma sotto il profilo della mancanza di legittimazione passiva*: siccome il rapporto da accertare, a detta della sentenza, era ormai estinto tra l'Unione bancaria e la società e quindi, poichè era estinto, non era più suscettibile di attuazione pratica *fra loro*, l'accertamento di questo rapporto non poteva più essere chiesto dalla società nei confronti dell'Unione bancaria, perchè questa mancava di legittimazione passiva di fronte ad un'azione che non avrebbe potuto mai portare ad una decisione praticamente attuabile *nei suoi confronti*.

2. — Contro questa sentenza la società Agosteo ricorse in cassazione, proponendo alla corte suprema i varî aspetti del problema giuridico deciso dai giudici di merito. Per intendere la portata della decisione che qui si annota, sembra dunque opportuno seguire il filo

delle argomentazioni contenute nella sentenza denunziata, alla quale la società ricorrente sopra tutto rimproverava di non essersi accorta che nella singolare controversia ad essa sottoposta si trovavano combinati *due diversi problemi* già separatamente risolti dalla dottrina, i quali non comportano, solo perchè qui si trovano riuniti in una fattispecie apparentemente più complicata, una soluzione diversa da quella che finora hanno avuto.

Le due singolarità di fatto, alle quali corrispondono questi due inconsueti aspetti giuridici della azione di accertamento, sono queste: 1ª) che qui il rapporto incerto (rapporto obbligatorio originario) verteva tra persone *diverse* (società Agosteo e Unione bancaria) da quel terzo (Agosteo) che colla sua contestazione ha fatto sorgere nella società l'interesse a chiedere l'accertamento; 2ª) che qui il rapporto incerto vertente tra i soggetti originarî (società Agosteo e Unione bancaria), è ormai, *nei loro confronti, estinto.*

Considerando separatamente queste due diverse singolarità della fattispecie, sorgono, con esse, due problemi:

a) è proponibile l'azione di accertamento di un rapporto giuridico contestato ed incerto, quando la contestazione che fa sorgere nell'attore l'interesse ad agire muove non da chi è controparte in questo rapporto, *ma da un terzo?*

b) è proponibile l'azione di accertamento di un rapporto giuridico *estinto,* quando da esso dipende la decisione di un rapporto giuridico attuale?

Questi due problemi, lo ripetiamo, sono stati l'uno e l'altro isolati dalla dottrina, e risolti, l'uno e l'altro, *in senso affermativo.* La complicazione inconsueta della causa presente consiste proprio in ciò: che questi due problemi, che di solito si studiano l'uno isolato dall'altro, si trovano riuniti qui in una sola fattispecie *in cui si tratta di accertare un rapporto giuridico estinto* (rapporto obbligatorio tra l'Unione bancaria e la società), *l'accertamento del quale è reso necessario dal fatto di un terzo* (Enrico Agosteo), *che sul rapporto giuridico estinto basa la sua pretesa attuale contro uno dei soggetti del rapporto estinto* (società Agosteo).

Sembrava pertanto alla società ricorrente che, se questi due problemi sono stati risolti in senso affermativo dalla dottrina quando li ha affrontati *separatamente,* non c'è ragione per risolverli negativamente in una fattispecie, come la nostra, in cui si presentano *congiunti.*

3. — *a*) Il primo di questi due problemi è risolto comunemente dalla dottrina in senso affermativo.

Infatti, secondo i principî comunemente insegnati in tema di azione di accertamento, bisogna distinguere, per stabilire chi è in con-

creto il legittimato passivo, il caso in cui la contestazione che genera l'incertezza del rapporto giuridico muova da *uno dei soggetti di questo rapporto,* ovvero *da un estraneo.* Se sulla sussistenza e sull'ammontare del credito che A ha verso B, solleva contestazioni *lo stesso debitore* B, è evidente che in questo caso l'azione di accertamento del rapporto può e deve instaurarsi nei confronti di B, che è insieme il soggetto passivo del rapporto di credito e l'autore della contestazione che ha ingenerato l'incertezza. Ma quando la contestazione (o in genere l'atto che ingenera l'incertezza) muove *da un terzo* C, il creditore A che ha interesse a rimuovere tale incertezza, non può agire soltanto contro C, autore della contestazione, perchè, per ottenere un giudicato che faccia stato sul rapporto tra A e B, bisogna che sia chiamato in causa anche il legittimo contraddittore B, *quantunque egli non sia l'autore della contestazione.* Questo, com'è noto, è testualmente insegnato dal Chiovenda, il quale scrive che « quando la con- « testazione muove da un terzo, è evidente che una dichiarazione ot- « tenuta contro il terzo sarebbe insufficiente a formare una cosa giu- « dicata utile, e che sarà necessario chiamare in causa anche l'altra « parte o le altre parti del rapporto, *quantunque esse non abbiano fatto « alcuna contestazione, e perfino aderiscano alla domanda dell'attore* » (*Istituzioni,* I, pag. 212; cfr. Zanzucchi, *Il nuovo diritto processuale civile,* 2ª ed., I, pag. 127).

Di fronte a questa situazione, in cui la incertezza del rapporto tra A e B è causata da una contestazione che muove non da B ma dal terzo C, non sembra che la sentenza della corte di Brescia abbia ragionato molto esattamente quando ha cercato, come presupposto dell'azione di accertamento, « la futura *attuabilità* del diritto perseguito a carico della controparte ».

Di attuazione del diritto si può parlare in più sensi: non si deve confondere l'attuazione del diritto insoddisfatto, che si consegue mediante la sentenza di condanna, con l'attuazione del diritto incerto che si consegue mediante l'accertamento. E' evidente che trattandosi di attuazione mediante condanna, l'azione non potrà essere diretta che contro il soggetto passivo del rapporto, cioè contro l'obbligato ad adempiere; ma, trattandosi di attuazione mediante accertamento, cioè di attuazione consistente nel riportare la certezza ufficiale sul diritto incerto, si potrà parlare di *attuabilità* del diritto anche nei confronti di persona diversa dal soggetto passivo del rapporto, cioè nei confronti dell'autore della contestazione che ha ingenerato l'incertezza. In altre parole, se in quella ufficiale chiarificazione del diritto a cui mira l'azione di mero accertamento si vuol vedere (secondo la terminologia chiovendiana) una forma di *attuazione* del diritto, si può parlare di attuazione *nei confronti del terzo,* in quanto qui attuazione del diritto significa

remozione di quello stato di incertezza che il terzo colla sua contestazione ha ingenerato.

Ma questa attuazione del diritto consistente nell'accertamento, la quale si può chiedere anche nei confronti del terzo quando il terzo è l'artefice dell'incertezza, non si deve confondere colla formazione del giudicato: la quale non si può conseguire, quand'essa riguarda un rapporto giuridico, senza la presenza in giudizio dei soggetti di questo rapporto; sicchè può avvenire che per attuare mediante accertamento il diritto nei confronti del terzo che lo contesta, bisogni chiamare in giudizio, al solo scopo di poter formare il giudicato su quel rapporto, il soggetto passivo del medesimo, cioè una *persona diversa da colui nei cui confronti il diritto deve (mediante accertamento) essere attuato.*

Nel nostro caso, mentre la persona nei confronti della quale si potrebbe parlare di « futura attuabilità » dell'accertamento era Enrico Agosteo (perchè nei confronti di lui la società aveva praticamente interesse a distruggere l'incertezza sull'effettivo ammontare del credito originario, per impedire che egli facesse valere in via di regresso un credito superiore), la persona la cui presenza in causa era indispensabile per la formazione del giudicato era la Unione bancaria. E non è lecito confondere la Unione bancaria, soggetto attivo del rapporto da accertare, la cui presenza in causa era necessaria per poter accertare questo rapporto con forza di giudicato, coll'Agosteo, la cui presenza in causa è altresì necessaria allo scopo della « futura attuabilità » dell'accertamento, la quale deve farsi sentire nei confronti dell'autore della contestazione che ha ingenerato l'incertezza.

Tutto questo ragionamento si può riassumere, praticamente, in questi termini. Quando la contestazione di un rapporto giuridico deriva da un terzo, l'azione di accertamento richiede la presenza in causa tanto di questo terzo (Agosteo) quanto della persona che è controparte nel rapporto incerto (Unione bancaria). Nè vale, ad escludere la legittimazione passiva di quest'ultima, osservare che la contestazione non deriva da lei e che quindi è inutile far accertare il diritto nei confronti di lei che non l'ha mai messo in dubbio; perchè la presenza di questo soggetto passivo del rapporto non è richiesta allo scopo di *attuare* contro di lei il diritto, cioè di fare operare contro di lei l'accertamento, ma allo scopo di poter formare colla presenza del *legitimus contradictor* il giudicato, il quale, formato nei confronti dell'Unione bancaria, è destinato ad operare come accertamento nei confronti dell'Agosteo. Insomma l'Agosteo e l'Unione bancaria devono stare in causa tutt'e due, ma a fini diversi: l'Unione, come soggetto del rapporto incerto la cui presenza è necessaria per poter accertare con forza di giudicato questo rapporto; l'Agosteo, come autore della

contestazione, nei cui confronti il giudicato sarà fatto praticamente valere per rimuovere ufficialmente l'incertezza sul diritto causata dalla contestazione mossa dallo stesso Agosteo.

4. — *b*) In realtà però l'argomento che alla corte di merito era sembrato decisivo per dichiarare improponibile l'azione di mero accertamento era stato non tanto quello desunto dal fatto che la contestazione muoveva qui *da un terzo,* quanto quello desunto dalla *estinzione* del rapporto giuridico. La stessa sentenza denunciata aveva riconosciuto che « l'interesse ad agire può anche nascere eventualmente dal fatto di un terzo, al di fuori cioè di un conflitto effettivo di interessi tra i soggetti del rapporto incerto; ma anche in tale ipotesi la *legitimatio ad causam* dal lato passivo non può risiedere che in chi è parte stessa del rapporto, che dal fatto stesso viene posto giuridicamente in dubbio, sia pure in unione a colui dal quale muove la contestazione determinativa dello stato di incertezza: non mai in chi sia estraneo tanto all'uno che all'altra, non essendo ammissibile una sentenza di mero accertamento provocata a mere finalità istruttorie e non atta a conseguire gli effetti utili del giudicato ai sensi suespressi ».

Dunque si desume da questo periodo che se il rapporto tra l'Unione bancaria e la società Agosteo non fosse *già stato estinto,* la corte di merito non avrebbe avuto difficoltà a ritener proponibile l'azione di mero accertamento, quantunque l'incertezza di questo rapporto dovesse esser rimossa non nei confronti della Unione bancaria, ma *nei confronti del terzo* (Agosteo). Il vero argomento che ha portato la sentenza alla decisione negativa è stato dunque un altro: che il rapporto da accertare è ormai, nei confronti dei soggetti originari di esso rapporto, *estinto.*

Ma il problema dell'accertamento di un rapporto estinto si trova già, anch'esso, studiato e risolto in senso affermativo dalla dottrina. Nelle *Istituzioni* del CHIOVENDA, vol. I, pag. 212, si insegna che oggetto della sentenza di mero accertamento « ... può essere l'intero rap« porto giuridico (esistenza di una locazione) o una sua singola mo« dalità (la durata). Normalmente un rapporto giuridico *presente. Ma « talvolta anche un rapporto passato quando dalla sua eventuale pre« cedente esistenza possano ancora derivare conseguenze giuridiche* ».

Lo stesso insegnamento è dato dalla dottrina tedesca: così nel *Zivilprozessrecht* del GOLDSCHMIDT, pag. 57, si ricorda quella giurisprudenza secondo la quale « si può agire per l'accertamento dei rapporti « giuridici non più esistenti, quando la loro cessata esistenza è il fon« damento di una pretesa attuale ».

Gli autori, negli esempî che portano, fanno sempre l'ipotesi che il rapporto oggi estinto di cui si chiede l'accertamento, vertesse, pri-

ma della estinzione, *tra le stesse parti tra le quali verte il rapporto attuale*: in tutti quei casi in cui l'esistenza, o il *quantum* o una modalità qualsiasi di un rapporto giuridico attuale dipenda dal *quantum* o dalle modalità di un rapporto giuridico che già esiste (e poi si estinse) *tra le stesse parti.* Facciamo ad esempio l'ipotesi che le parti, per determinare la natura di una certa prestazione contrattuale, si siano riferite, nel concludere il nuovo contratto, alla qualità e all'ammontare della prestazione che fu nel passato fissata in un precedente contratto tra loro concluso e da tempo esaurito (« mi obbligo alle stesse condizioni alle quali mi obbligai verso di te nel contratto stipulato tanti anni fa ed ora estinto »). In questo caso, se nella esecuzione del contratto nuovo sorge dissidio tra le parti, perchè esse non sono d'accordo nel riferire quelle che erano le modalità del vecchio contratto estinto, l'accertamento del rapporto giuridico estinto avrà carattere pregiudiziale, e nessuno potrà negare che vi sia in questo caso un interesse delle parti a chiedere l'accertamento, perchè, quantunque il primo rapporto contrattuale sia estinto e quindi *non più praticamente attuabile nei confronti delle parti,* il suo accertamento costituisce condizione e presupposto per la decisione della controversia attuale.

5. — Ma si potrà dire che qui l'accertamento del rapporto *estinto,* che sarebbe proponibile *fra le stesse parti,* diventi improponibile solo perchè il rapporto estinto di cui è pregiudizievole l'accertamento verteva *tra parti diverse?* Qui il fatto dell'estinzione si complica col fatto della diversità dei soggetti: è proponibile, in un caso siffatto l'azione di accertamento del credito estinto, esercitata, per poi valersi dell'accertamento contro un terzo, nei confronti di colui che in quel rapporto di credito oggi estinto ebbe posizione di creditore?

Per rispondere a questa domanda sembra che non si debba far altro che mettere insieme le risposte già date dalla dottrina ai quesiti separatamente proposti.

Infatti: *a*) la dottrina è concorde nel ritenere proponibile l'azione di accertamento di un rapporto giuridico, anche se la causa della incertezza non deriva dal fatto della controparte di questo rapporto, ma dal fatto *di un terzo; b*) la dottrina è del pari concorde nel ritener proponibile l'azione di accertamento di un rapporto giuridico, anche se si tratti di un rapporto *estinto* il cui accertamento abbia carattere pregiudiziale per l'esistenza o la modalità di un rapporto giuridico presente. Basta *combinare* tra loro queste due soluzioni non controverse, per arrivare alla soluzione esatta della questione qui discussa: per arrivare cioè a concludere che *è proponibile l'azione di accertamento di un rapporto giuridico estinto, anche se l'interesse a chiedere tale accertamento sorge non dal fatto di colui che fu controparte in*

quel rapporto, ma dal fatto di un terzo; soluzione che si può enunciare anche in quest'altra forma — che quando per decidere sull'ammontare di un rapporto attualmente vertente fra due persone è necessario prima accertare quale fu l'ammontare di un rapporto esistito un tempo tra una di queste persone ed una persona estranea alla contestazione attuale, può esser chiesto nei confronti di questa persona estranea l'accertamento del rapporto giuridico estinto, perchè l'interesse a fare accertare quel rapporto sorge dal suo carattere di pregiudizialità nella contestazione attuale e la legittimazione passiva della persona estranea è data dal fatto che essa *fu parte in quel rapporto.*

Nè varrebbe dire che la persona che un tempo fu parte nel rapporto estinto non può esser considerata oggi come *legitimus contradictor* per la semplice ragione che l'accertamento che sarà pronunciato non potrà più avere nei suoi confronti alcun effetto pratico. Se si ammette, come già si è dimostrato, che per poter opporre ad A con forza di giudicato il rapporto giuridico esistente o esistito tra B e C, bisogna che il giudicato *si formi tra* B e C, l'Unione bancaria, quantunque ormai sodisfatta del suo credito e quindi non più creditrice della società Agosteo, deve prestarsi come *legitimus contradictor* all'accertamento del rapporto giuridico estinto, perchè, quantunque essa non abbia più in proposito alcun interesse personale da far valere, *deve tuttavia servire all'interesse della giustizia, come soggetto la cui presenza è indispensabile alla formazione del giudicato, affinchè questo possa essere opposto ad altri, cioè all'Agosteo.*

6. — La corte suprema, colla sentenza che qui si annota, ha respinto il ricorso, confermando nella sua parte sostanziale l'argomentazione della sentenza denunciata.

In sostanza la corte suprema ha ragionato così. In un giudizio svoltosi tra Enrico Agosteo e l'Unione bancaria, ma senza la presenza della società (cioè tra il fideiussore che ha pagato e la creditrice che è stata pagata, ma senza la presenza della debitrice principale) è intervenuta una sentenza passata in giudicato la quale ha accertato che *indipendentemente dall'ammontare del debito originario della società debitrice verso l'Unione bancaria,* lo stesso Agosteo si è assunto di pagare a questa la somma di *due milioni* a transazione: l'assunzione del debito in questa misura costituisce novazione, e il giudicato che ha riconosciuto l'esistenza della novazione tra Enrico Agosteo e l'Unione bancaria non può più essere disconosciuto, *come giudicato fra essi,* neanche dalla società debitrice principale quantunque essa non sia intervenuta nel giudizio.

Tutto questo mi pare esattissimo. Ma non mi pare che da queste

esatte premesse possa derivare la conseguenza ritenuta dal supremo collegio dell'improponibilità dell'azione di mero accertamento proposta dalla società contro l'Unione bancaria e *contro Enrico Agosteo.*

La corte suprema, dall'esistenza *tra l'Unione bancaria ed Enrico Agosteo* di un giudicato secondo il quale il debito originario è stato novato ed assunto dallo stesso Agosteo, ha desunto che la società, già debitrice principale, non ha più niente da temere *dall'Unione bancaria,* in quanto questa è tenuta a rispettare il giudicato secondo il quale *unico debitore* è rimasto *nei suoi confronti,* Enrico Agosteo. E dal fatto che la società « non potrà essere molestata in modo alcuno *dall'Unione* con pretese creditorie », ha concluso che dunque la società non può agire in accertamento contro la stessa Unione, perchè, non essendo ormai possibile alcuna contestazione *da parte dell'Unione* in relazione al debito già estinto, non è ammissibile che la società dia all'Unione la « ingiustificata molestia » di trarla in giudizio per rimuovere una incertezza che non ha origine nel fatto di *essa Unione.*

Senonchè sembra che così ragionando la suprema corte si sia messa in contrasto proprio colle premesse contenute nella sua stessa motivazione, ed abbia dimenticato che qui l'incertezza che la società mirava ad eliminare sussisteva non già nei rapporti tra essa società e l'*Unione bancaria,* ma nei rapporti tra la società e il *fideiussore Enrico Agosteo.* Costui, nella sua qualità di fideiussore, agiva in via di rivalsa contro la società, richiedendo ad essa il rimborso di quei *due milioni* che aveva pagati, per un debito originariamente facente carico alla società, all'Unione bancaria: che tra Agosteo e Unione bancaria si fosse formato il giudicato sul carattere novativo e sull'ammontare dell'impegno da lui assunto nei confronti della creditrice, questo non toglieva che egli potesse poi agire (nè la corte suprema lo ha escluso) in via di rivalsa contro la società, che, *nei suoi confronti,* rimaneva sempre la debitrice principale tenuta in via di rivalsa verso il fideiussore che ha pagato per lei. Si trattava dunque di stabilire se *nei confronti del fideiussore che agiva in rivalsa,* la società avesse o non avesse interesse a fare accertare se il debito originario (nei limiti del quale soltanto essa poteva esser tenuta a rivalere il fideiussore) sussisteva in cifra molto inferiore a quella per la quale il fideiussore aveva transatto; e se a questo accertamento dell'ammontare del debito originario, di cui la società intendeva valersi non contro l'Unione bancaria ma *contro il fideiussore Agosteo* che agiva in via di rivalsa, dovesse o non dovesse prestarsi *come contraddittrice necessaria* l'Unione bancaria, nei cui libri erano documentate l'origine e le vicende di quel debito. Questo era il punto!

Si legge nella motivazione della stessa sentenza del supremo collegio che « potrà ammettersi che l'azione di mero accertamento venga

esercitata da un terzo in relazione ad un rapporto giuridico passato fra gli altri ed ormai definitivamente chiuso, o in relazione ad una obbligazione estinta; ma per aversi la *legitimatio ad causam* passiva occorrerà sempre che vi sia la possibilità che *una delle parti del rapporto* o dell'obbligazione vanti o neghi un diritto nei confronti del terzo estraneo ». Giustissimo; ma qui il rapporto estinto era appunto quello già vertente tra Enrico Agosteo e l'Unione bancaria; il terzo estraneo a quel rapporto era la società; e la possibilità che una delle parti di quel rapporto vantasse un diritto nei confronti del terzo estraneo era proprio data dal fatto che Enrico Agosteo vantava nei confronti della società il suo diritto di esser rimborsato della intera somma dei due milioni, oggetto di quel rapporto. Era la molestia data alla società *da Enrico Agosteo* che faceva sorgere in essa l'interesse ad accertare l'esatto ammontare di tale rapporto, e che rendeva passivamente legittimati i due soggetti di questo rapporto (cioè non solo in Enrico Agosteo ma anche nell'Unione bancaria) di fronte all'azione di accertamento del medesimo. Anche l'Unione bancaria, quantunque la molestia non derivasse da lei nè fosse in alcun modo imputabile a lei l'incertezza del rapporto giuridico già estinto, era tuttavia tenuta a prestarsi all'accertamento di tale rapporto di cui essa era soggetto necessario, la cui presenza in causa era indispensabile agli effetti della integrità del giudizio.

Quando il supremo collegio afferma che « senza l'opinione ragionevole che possa utilmente ottenersi una dichiarazione giudiziale da *far valere in confronto di una persona,* sia pure per rapporti di questa con altri, *non può essere lecito trascinarla in giudizio* », dice, s'io non mi inganno, qualcosa che sta in contrasto colla premessa, da cui pure la sentenza è partita, secondo la quale si può agire in accertamento di un rapporto estinto anche se la contestazione di esso deriva non dai soggetti del medesimo, *ma da un terzo.* L'insegnamento del supremo collegio finisce infatti col lasciare intendere che la legittimazione passiva nell'azione di accertamento apparterrebbe soltanto a colui dal quale muove la contestazione del rapporto incerto; ma in questo modo si dimentica, a mio avviso, che *l'interesse sociale alla certezza del diritto* che sta a base dell'azione di accertamento esige che il legittimato passivo del rapporto da accertare si presti alla formazione del giudicato *anche se la contestazione non derivi da lui,* e quindi anche se, non essendo lui l'artefice dell'incertezza, sembri da escludersi, sotto l'aspetto puramente privatistico, ch'egli possa esser trascinato in giudizio per un affare che non lo riguarda. Ma il profilo privatistico non è quello sotto il quale il problema deve essere considerato: come in certi casi il terzo è tenuto, *nell'interesse della giustizia,* a mettere a disposizione del giudice per una controversia vertente fra altri i docu-

menti da lui detenuti o perfino la sua persona, così il terzo, *nell'interesse della giustizia,* può essere tenuto a fare da *legitimus contradictor* in un'azione di accertamento, *quantunque egli sappia che essa non è destinata nè a giovargli nè a nuocergli.*

Regola fondamentale in tema di limiti soggettivi del giudicato è che il giudicato su un certo rapporto non si forma se non colla presenza in giudizio dei soggetti di questo rapporto: quindi se per una ragione di pregiudizialità sorge in una parte l'interesse a far accertare con efficacia di giudicato, per poterlo opporre a un terzo, quali furono le modalità e l'ammontare di un rapporto oggi estinto, la controparte di questo rapporto estinto non può sottrarsi a questa sua funzione di *legitimus contradictor* nel giudizio di accertamento, perchè questa funzione corrisponde ai fini della giustizia, ed ha carattere *pubblico* indipendente dalla sussistenza di un interesse *individuale* a contraddire.

XXIII

VOCE « PROCESSO » (NELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA) (*)

In quest'ultimo decennio la legislazione processuale italiana (come in genere tutta la legislazione in ogni campo) ha attraversato un periodo di accelerata trasformazione e di assestamento, che non è ancora compiuto: portata a compimento nel 1940-42 la nuova codificazione, subito sopravvenne il periodo critico della guerra in cui ogni legge rischiò di cadere in collasso; poi, terminata la guerra, la instaurazione della repubblica e l'entrata in vigore della nuova costituzione hanno reso necessaria una revisione generale della precedente codificazione, per riportarla in armonia coi principî di libertà e di democrazia che stanno alla base del nuovo ordinamento repubblicano.

Il processo civile. — I principî ispiratori del processo civile accolti dal codice 1865 furono profondamente riveduti e modificati nella generale riforma introdotta dal codice di procedura civile entrato in vigore nel 1942 e, in coerenza coi nuovi principî accolti, tutta la struttura del vecchio processo fu rinnovata. (Per i precedenti e per la composizione del codice di procedura civile v. CODICE, in questa seconda App., I, p. 634).

L'organo per il quale la struttura del nuovo processo civile più si differenzia da quella del codice precedente è il *giudice istruttore*, nel quale si è cercato di attuare in maniera originale quei principî, estranei al codice del 1865, della *oralità* e della *immediatezza* (dei quali si fece banditore in Italia G. CHIOVENDA), che costituiscono la parte più originale e più viva di questo codice, punto di arrivo, a sua volta, di tutto un movimento scientifico di riforma che era in corso da più di mezzo secolo, e di cui prima Ludovico MORTARA, e poi (con maggior senso storico e insieme con maggior senso delle esigenze tecniche della giustizia moderna) Giuseppe CHIOVENDA furono i più autorevoli animatori. Il sistema processuale adottato dal codice del 1940 — per quanto il suo compimento abbia coinciso con gli ultimi anni del re-

---

(*) E' la voce *Processo* pubblicata nella *Enciclopedia italiana, seconda appendice*, vol. II, Roma, Istituto G. Treccani, 1949, pp. 612-614. [*Bibliografia*, n. 480].

gime fascista — non ha infatti alcuna di quelle stigmate di degenerazione autoritaria e poliziesca, che erano così evidenti nella legislazione processuale della Germania nazista.

Il processo civile, com'è costruito dal codice del 1942, è strumento di legalità, fondato non sul potere inquisitorio del giudice, ma sul principio dispositivo e sull'impulso di parte: i poteri istruttorî del giudice, anche se più estesi di quelli consentiti dal vecchio codice, corrispondono a esigenze non di ordine politico ma di ordine tecnico, in conformità di quella esperienza che ha portato tutte le legislazioni processuali moderne, anche quelle degli stati liberali e democratici, a conferire al magistrato gli strumenti tecnici che gli occorrono per esercitare utilmente la sua funzione di giudicante, e per ricercar la verità ove l'iniziativa delle parti manchi o degeneri.

Non si può d'altro canto dimenticare che il punto d'incontro che le leggi processuali stabiliscono tra i poteri del giudice e l'iniziativa delle parti è, per così dire, la proiezione nel processo di quell'equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato che è in continua evoluzione nel campo della legislazione sostanziale, sicché il processo è quasi l'ago registratore di questo progressivo moto di « pubblicizzazione » del diritto privato che è fatalmente in corso negli ordinamenti giuridici di tutto il mondo. E' da prevedere perciò che il processo civile entrato in vigore nel 1942 rimarrà anche in avvenire immutato nelle sue grandi linee e che per molto tempo le riforme di esso si limiteranno a qualche ritocco particolare, volto a correggere i difetti e le lacune che nel funzionamento di questi primi anni si sono rivelati non tanto nel sistema, quanto nel funzionamento imperfetto di singoli congegni processuali, difetti in gran parte derivanti dall'aver messa in vigore una riforma processuale di quella portata in un momento (1942) di caotica crisi di tutte le istituzioni.

Nella costituzione della repubblica italiana si trovano consacrati in appositi articoli i principî fondamentali ai quali deve ispirarsi l'amministrazione della giustizia, e, di conseguenza, in funzione di essi, la struttura del processo. Ma la recezione nella costituzione di questi principî non porterà a modificazioni di struttura del processo civile vigente (lo stesso non si può dire per il processo penale) perchè già nel codice in vigore tali principî hanno il loro riconoscimento pratico sicchè la loro inserzione nella costituzione avrà soltanto l'effetto di rafforzarli e di dare d'ora in avanti valore, anche formalmente costituzionale, a certi istituti di cui già i processualisti avevano riconosciuto la fondamentale importanza nel processo.

Tali l'autonomia dell'azione (ora consacrata nell'art. 24, primo comma e nell'art. 113 della cost.); la garanzia del contraddittorio (art. 24, secondo comma), il principio di legalità che regge tutto il nostro ordi-

namento (articolo 101 cost.); l'autonomia dell'ordine giudiziario (art. 104), il dovere della motivazione (art. 111); la impugnabilità di tutte le sentenze; la tutela giurisdizionale sempre ammessa anche contro la pubblica amministrazione (art. 113).

Importanti adattamenti dovranno essere introdotti nel processo civile in seguito all'entrata in funzione della Corte costituzionale perché, se ad essa sarà riservato (art. 134 e segg. cost., e legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1) l'ufficio di decidere sulla illegittimità costituzionale delle leggi, tale questione potrà però essere sollevata incidentalmente dalle parti o dal giudice nel corso di ogni processo il quale, in seguito alla proposizione di questa « pregiudiziale di illegittimità costituzionale » dovrà rimanere sospeso fino a che la Corte costituzionale non si sarà pronunciata in proposito. Per evitare che di questa nuova causa di sospensione legale del processo le parti abusino a scopo dilatorio, la legge del 1° febbraio 1948, art. 1, dà al giudice il potere di non tener conto dell'eccezione di incostituzionalità tutte le volte che egli la ravvisi « manifestamente infondata »: con che si viene a dare a tutti i giudici un importante potere di delibazione negativa sulla legittimità costituzionale delle leggi, che dovrà essere disciplinato con apposite norme processuali per evitare che con esso si venga praticamente ad annullare il potere di decisione riservato alla Corte costituzionale.

L'istruzione della causa. — Il cod. proc. civ. 1942 ha regolato l'istruzione civile (v. *Istruzione*, XIX, p. 690; App. I, p. 742) in maniera semplice e chiara (articoli 175-274; 78-112 disp. attuaz.; relaz. min. nn. 20-24; circolare del guardasigilli 14 aprile 1942, n. 2690). Mentre le leggi processuali precedenti parlavano di istruzione della causa solo in modo generico, nel nuovo codice la parola istruzione è stata adoperata per indicare una determinata fase, cronologicamente e funzionalmente ben individuata, del procedimento di cognizione; fase talmente distinta dalle altre, che si è istituito per il compimento di essa un apposito organo, il giudice istruttore, fornito per quel dato processo di una sua propria competenza funzionale (articoli 175-179) e contrapposto all'organo decidente, che entra in funzione solo nella fase, successiva, della decisione della causa (articoli 275-281). La distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria, meno netta e precisa dinanzi agli organi costituiti da una sola persona fisica (giudice unico: pretore, conciliatore), che istruisce la causa e la decide, è invece chiaramente delineata nei giudizî dinanzi ai tribunali e alle corti d'appello, nei quali, mentre l'organo addetto alla fase istruttoria è costituito da una sola persona fisica (giudice istruttore), l'organo decidente è collegiale. Lo stesso non avviene nei giudizî dinanzi alla Corte di cas-

sazione, nei quali, data la natura di questo organo supremo che decide del diritto e non del fatto, manca una fase propriamente istruttoria.

L'istruzione è una fase propria del solo processo di cognizione; anche nel processo esecutivo c'è un organo, il cosiddetto « giudice dell'esecuzione », art. 484, che svolge un'attività preparatoria paragonabile, sotto certi aspetti, a quella del giudice istruttore pur senza quello che è il compito essenziale del giudice istruttore, cioè la indagine sui fatti e la raccolta delle prove. Sotto questo aspetto la istruzione civile somiglia per la sua funzione, oltre che per la terminologia, alla istruzione penale; ma le differenze sono profonde, perché il giudice istruttore del processo civile è nominato di volta in volta per il singolo processo e non ha carattere di organo permanente come in penale e perché la istruzione civile non si contrappone, come quella penale, al giudizio e non può mai conchiudersi in sé stessa rendendo inutile il giudizio (sentenza istruttoria di proscioglimento), ma è sempre una fase preparatoria del giudizio, che trova la sua normale conclusione nella fase decisoria dinanzi all'organo giudicante.

Nel processo civile, dovendo il giudice civile decidere *secundum allegata et probata partium,* gli è necessario, prima che egli possa applicare ai fatti il diritto, essere esattamente informato dei termini della contesa quali risultano dalle contrapposte difese delle parti e delle prove. In relazione a questa indagine preparatoria, il procedimento di cognizione dinanzi agli organi collegiali è stato costruito dal Codice di procedura civile 1942 partendo da questa premessa: che sia opportuno tener nettamente distinto, non solo cronologicamente ma anche organicamente, il periodo in cui si raccolgono i cosiddetti « materiali di fatto » attinenti alla controversia, dal periodo in cui, essendo compiuta la raccolta di questi elementi di informazione, si passa a giudicare delle conseguenze giuridiche di essi e che sia opportuno far corrispondere a questi due periodi l'attività di due diversi organi, ciascuno dei quali sia idoneo alle speciali esigenze tecniche e psicologiche del lavoro che gli è affidato, dando cioè all'organo incaricato della raccolta istruttoria la maggior semplicità e agilità che gli può derivare dall'esser costituito da una sola persona fisica a contatto delle parti e lasciando all'organo collegiale la responsabilità della decisione.

Secondo il codice vigente il procedimento di cognizione dinanzi ai tribunale si divide in tre fasi: *la introduzione* (articoli 163-174), *la istruzione* (articoli 175-274), *la decisione* (articoli 275-281). La prima fase si svolge per iscritto e fuori di udienza: si inizia con la citazione che l'attore fa notificare al convenuto (art. 163), il quale risponde con la comparsa di risposta (art. 167); segue la costituzione in giudizio delle parti che avviene mediante deposito in cancelleria dei rispettivi fascicoli (articoli 165-166); e alla fine, su istanza scritta di una delle parti,

il presidente nomina il giudice istruttore, « investito di tutta l'istruzione della causa e della relazione al collegio » (art. 174) e fissa l'udienza in cui le parti debbono comparire dinanzi a lui (art. 173). L'istruzione si inizia colla prima udienza di comparizione e termina colla udienza nella quale il giudice istruttore, ritenendo esaurita la istruzione, rimette le parti al collegio (art. 188): tutta questa fase si svolge oralmente (art. 180), nell'ufficio del giudice istruttore, in presenza di lui e del cancelliere che redige il processo verbale, ma senza pubblicità. Alla chiusura della istruzione segue la fase decisoria (art. 275), che comprende la discussione orale della causa in pubblica udienza dinanzi al collegio di cui fa parte il giudice istruttore in qualità di relatore, la deliberazione collegiale della decisione nel segreto della camera di consiglio (art. 276), la pubblicazione della sentenza mediante deposito in cancelleria (art. 279).

Posta a mezza strada tra la fase introduttiva e la fase decisoria, la istruzione rappresenta veramente, non solo per la sua collocazione ma altresì per la sua importanza, la fase centrale del processo, tale da permettere al giudice istruttore di svolgere in maniera utile la sua funzione direttiva nel seguito del procedimento (art. 175), nel quale si svolge quella somma di svariata attività che il codice denomina trattazione della causa: espressione comprensiva, in cui rientrano tutti gli atti che il giudice istruttore ritenga di dover compiere o di dover ordinare alle parti per arrivare a considerare istruita la causa, cioè processualmente regolata e corredata di tutto ciò che occorre perché il collegio possa, senza bisogno di ulteriori indagini, deciderla.

In particolare il giudice istruttore: *a*) verifica preliminarmente se il processo è stato regolarmente costituito e, ove rilevi certe irregolarità, dà i provvedimenti opportuni per rimediarvi (articoli 181-182; cfr. anche articoli 269-270); *b*) dirige il contraddittorio orale delle parti in sua presenza (articoli 183-184); *c*) ove la natura della casa lo consenta, fa il tentativo di conciliazione (art. 185); *d*) provvede, ove sia necessario, ad assumere le prove (art. 188: questa fase dell'istruzione si denomina istruzione probatoria, articoli 191-266); *e*) provvede, quando l'istruzione è esaurita e chiusa, a rimettere la causa al collegio per la decisione (art. 189).

I provvedimenti del giudice istruttore hanno di regola la forma di ordinanza (articoli 134, 176-186); le ordinanze, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la causa, in quanto-di regola possono sempre essere modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate; e quando la causa è rimessa al collegio, questo può riprendere in esame, senza bisogno di reclamo, tutte le questioni già risolte dalle ordinanze istruttorie (articoli 177-178: eccezioni, art. 177 capov. e

art. 179). Questo sistema ha il vantaggio di evitare che contro ogni ordinanza del giudice istruttore le parti possano reclamare al collegio, interrompendo così il corso dell'istruzione: quando nel corso dell'istruzione si presenti qualche questione pregiudiziale attinente al processo o qualche questione preliminare di merito la cui decisione potrebbe definire il giudizio, il giudice istruttore può rimettere le parti al collegio, affinché la questione sia decisa separatamente, ovvero disporre con ordinanza che sia accantonata per essere decisa alla fine unitamente al merito (art. 187). Questo potere di ordinanza è particolarmente utile durante la istruzione probatoria, quando il giudice istruttore decide sulla ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova (art. 187, comma quarto), e procede successivamente all'assunzione di quelli ammessi (articoli 191-266). Con questo sistema si è ottenuto di garantire nel miglior modo possibile la unicità del procedimento e della sentenza definitiva; mentre secondo il sistema del codice precedente il processo, per ogni questione che sorgesse sulla regolarità di esso o sull'ammissibilità di una prova, si spezzettava in tanti episodî, ognuno dei quali dava luogo a una sentenza interlocutoria separatamente impugnabile.

Anche quando eccezionalmente il collegio pronuncia una sentenza parziale (o perché il giudice istruttore abbia ritenuto necessario rimettere ad esso la decisione separata di una questione preliminare, art. 187; o perché il collegio ritenga opportuno limitare la sua decisione ad alcune domande, ordinando per il resto una ulteriore istruzione, articoli 277-280), ciò porta necessariamente ad un ritorno della causa dinanzi al giudice istruttore e ad una riapertura dell'istruzione sulle questioni non ancora decise dal collegio (articoli 279, 280, 281); ma non per questo si spezza l'unicità del processo nei gradi superiori perché, essendo vietata la impugnazione separata delle sentenze parziali (art. 340, art. 360, ultimo comma), l'unicità si ricostituisce poi in sede di impugnazione, dove i gravami contro le diverse sentenze si riuniscono in un solo procedimento.

L'istruzione civile così congegnata si ispira in larga misura ai principî dell'oralità e dell'immediatezza, insegnati da Giuseppe Chiovenda: in tutta la fase istruttoria le parti stanno a contatto immediato col giudice, e le loro difese si svolgono oralmente. Dopo lo scambio delle scritture preparatorie iniziali, solo eccezionalmente il giudice istruttore può autorizzare le parti a presentare memorie scritte (art. 183 ultimo comma); chiusa l'istruzione, anche la trattazione della causa dinanzi al collegio si svolge oralmente, ma è preceduta dallo scambio, cinque giorni prima dell'udienza, delle comparse conclusionali (art. 190).

A questo sistema del codice ha portato notevoli modificazioni il

decr. legislativo 5 maggio 1948, n. 483, che doveva entrare in vigore il 1° gennaio 1949, ma che è stato sospeso, in attesa di qualche miglioramento, dalla legge 29 dicembre 1948, n. 1470. Secondo le norme originarie di tale decreto legisl., la citazione si fa a udienza fissa, con invito a comparire dinanzi al giudice istruttore designato dal presidente (art. 4); le ordinanze del giudice istruttore sono impugnabili con reclamo al collegio, avente efficacia sospensiva (articoli 8 e 9); nuove deduzioni e produzioni sono sempre ammissibili dinanzi al giudice istruttore finché la istruttoria non sia chiusa (art. 13); le sentenze parziali sono separatamente impugnabili (art. 16); anche le ordinanze del collegio col quale questo abbia deciso questioni relative all'istruzione della causa, possono essere in certi casi impugnate prima della sentenza definitiva, in modo tale da costituire un ritorno, sia pur larvato, al sistema delle interlocutorie separatamente impugnabili e allo spezzettamento del processo che ne era la deplorata conseguenza. Un giudizio sicuro sul valore di questa riforma si potrà dare soltanto dopo che la sua entrata in vigore avrà permesso di sperimentarne gli effetti pratici; ma le critiche fatte dalla dottrina al testo originario del decreto 5 maggio 1948 sono fin da ora severissime e gli effetti si prevedono deleterî.

XXIV

A PROPOSITO DI TORTURA (*)

Nel processo Egidi il p. m. Tartaglia affrontò all'esordio della sua requisitoria (udienza dell'11 gennaio 1952) lo scottante argomento dei mezzi di coercizione adoperati dalla polizia negli interrogatorî degli arrestati: e si lasciò sfuggire alcune frasi che fecero nel pubblico una grande impressione, perché parvero ammettere la legittimità delle violenze fisiche, purché inflitte con una certa ... *moderazione.*

In mancanza di un resoconto stenografico ufficiale, bisogna riferirsi ai resoconti dati dai giornali. Il « Corriere della Sera » del 12 gennaio così riferiva questo passo della requisitoria: « Tutti i detenuti, più o meno, vengono percossi, specie se si ostinano a negare... Un grande giurista dei nostri tempi arriva ad ammettere che qualche moderata violenza purché non provochi troppi danni al prevenuto, può esser giustificata... ». « L'Unità » dello stesso giorno precisava che il giurista citato dal p. m. era il prof. Carnelutti, del quale era stata citata, secondo il giornale, la seguente frase: « Se ci fosse però un « mezzo per strappare la verità con una *tortura blanda* bisognerebbe « farlo ».

La frase del Carnelutti citata dal p. m. Tartaglia in realtà non dice così: essa è testualmente la seguente (*Lezioni sul processo penale,* vol. II, Roma 1947, pag. 168): « ... La tortura deve essere respinta « perché non offre alcuna garanzia di verità della risposta del tortu- « rato, non perché lo costringe a palesare un segreto. Perciò se vi « fosse un mezzo di coercizione, il quale fornisca tali garanzie, senza « cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito, non vi sarebbe al- « cuna ragione perché non fosse adottato ».

Le incaute dichiarazioni del p. m. Tartaglia furono riportate dalla stampa francese: e a commento di esse sulla rivista *Esprit* del marzo 1952 è stata pubblicata una vivace nota polemica intitolata « *La torture moderée* », alla fine della quale si esprime il timore che mentre finora la tortura era riapparsa in via diciamo così officiosa,

---

(*) Pubblicato in « Rivista di diritto processuale », a. VII (1952), parte I, pp. 238-239, e in « Il Ponte », a. VIII (1952), pp. 1108-1109. [*Bibliografia,* n. 645].

« il presente episodio comporti un fatto nuovo: siamo in presenza di « una prima giustificazione ufficiale. Ricordiamo questa data: e augu- « riamoci che non abbia a diventare storica ».

In seguito a questa nota di *Esprit* abbiamo voluto pregare il prof. Carnelutti di precisare il suo pensiero su questa angosciosa questione: e lo ringraziamo a nome dei lettori del « Ponte » di avere voluto rispondere in modo così esteso ed esauriente. In sostanza, da quando nel 1947 il Carnelutti scriveva la frase che il p. m. Tartaglia ha ricordato, il suo pensiero si è evoluto: egli oggi non solo esclude la utilità di qualsiasi mezzo, anche se non doloroso, vòlto a ottenere dall'imputato dichiarazioni che egli spontaneamente non voglia rendere; ma ritiene altresì se ho ben inteso, che anche se questa utilità vi fosse, tuttavia non sarebbe lecito adoprare tali mezzi coercitivi, perché il rispetto della persona umana e della sua responsabilità deve prevalere sull'interesse della società.

Sono lieto di trovarmi d'accordo con lui in questa conclusione: non altrettanto d'accordo sono sulla motivazione attraverso la quale egli arriva a concluder così. Io ritengo cioè che quando si parte dalla premessa che vi sia nell'imputato un vero e proprio obbligo giuridico di dire la verità e si nega che vi sia a suo favore un diritto al segreto o un diritto al silenzio, riconducibile tra i diritti di libertà, questa negazione porti a fil di logica a legittimare la tortura: e che allo stesso punto si arrivi anche (come purtroppo si arrivò in altri tempi; e il Beccaria ben lo sapeva, anche se per prudenza non lo scrisse *apertis verbis*) quando si dà alla confessione, e quindi alla tortura, una finalità religiosa di pentimento.

Ma su questi miei dissensi dalla motivazione mi riprometto di scrivere lungamente in altra sede: qui voglio soltanto esprimere il mio compiacimento perché il mio invito al prof. Carnelutti ha potuto servire a dimostrare che la frase citata dal p. m. Tartaglia non corrisponde più al suo pensiero.

XXV

VERITA' E VEROSIMIGLIANZA NEL PROCESSO CIVILE (*)

SOMMARIO: 1. Ogni giudizio di verità si riduce logicamente a un giudizio di verosimiglianza. — 2. Giudicato e certezza. — 3. La cosa giudicata come certezza meramente giuridica (non psicologica né sociologica). — 4. Funzione delle massime di esperienza nel giudizio di possibilità. — 5. Id. nel giudizio di verosimiglianza. — 6. Contrapposizione nel diritto positivo tra giudizio di verità e giudizio di verosimiglianza: allegazione e prova. — 7. Giudizio preliminare di ammissibilità e di rilevanza delle prove. — 8. Giudizio preliminare di attendibilità: il principio secondo il quale il giudice può non ammettere altre prove quando è già convinto della verità. — 9. Il principio secondo il quale il giudice non può rifiutarsi di ammettere prove a causa della inverosimiglianza dei fatti allegati. — 10. Il giudizio di verosimiglianza come condizione per ammettere prove altrimenti vietate. — 11. Verosimiglianza e onere della prova. — 12. L'interrogatorio libero come mezzo per facilitare il giudizio di verosimiglianza e quello di ammissibilità dell'azione. — 13. Funzione eliminatoria del giudizio di verosimiglianza in casi particolari. — 14. Provvedimenti sommarî fondati su un giudizio di verosimiglianza: prove *leviores*. — 15. Valore probatorio dell'allegazione verosimile. — 16. La verosimiglianza come uno dei criteri per la valutazione delle prove raccolte. — 17. Il cosiddetto « principio di verosimiglianza » enunciato dal Sauer: conclusioni *in iure condendo*.

1. — *Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*: tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza. Questa affermazione di relativismo processuale, fatta per il processo civile da un grande giurista (1), può valere ugualmente non solo per il processo penale, ma, anche fuori dal campo più diretta-

---

(*) Pubblicato in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, I, Milano, Giuffrè 1955, pp. 461-492, e in « Rivista di diritto processuale », a. X (1955), parte I, pp. 164-192; ristampato in *Studi*, VI, pp. 111-139. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 317-353. [*Bibliografia*, n. 768].

(1) WACH, *Vorträge*, 2ª ed. (Bonn, 1896), p. 226, nota; cfr. WALSMANN, *Reichsgericht und Eidesbeweis*, in *Die Reichsgerichtspraxis*, vol. VI (Berlin u. Leipzig, 1929), p. 255; SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, p. 106.

mente processuale, per ogni giudizio storico su fatti che si dicono accaduti: quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche, per le quali già VOLTAIRE avvertiva che « *les vérités historiques ne sont que des probabilités* » (2).

Tutto il sistema probatorio civile è preordinato non solo a consentire, ma addirittura a imporre al giudice di accontentarsi, nel giudicare sui fatti, di quel surrogato della verità che è la verosimiglianza. Al giudice non è permesso, come è permesso allo storico, restare incerto sui fatti da decidere; egli deve ad ogni costo (questa è la sua funzione) risolvere la controversia in una certezza giuridica (3). Per ottenere ciò, egli è costretto come *extrema ratio* a contentarsi di quella che qualcuno continua a chiamare « verità formale », ottenuta coll'artificio delle prove legali o col meccanismo automatico della ripartizione dell'onere della prova; ma anche quando, nel sistema delle prove « libere », sembra che la libertà di apprezzamento sia lo strumento meglio adatto al raggiungimento della cosiddetta « verità sostanziale », la valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta. Anche se tutti i testimoni sono concordi nell'attestare un fatto, il giudice, quando arriva a concludere che quel fatto è vero, vuol dire in sostanza, magari senza accorgersene, che siccome tutti quei testimoni sono d'accordo nel raccontarlo in quel modo, è verosimile che il fatto sia proprio avvenuto così: « *celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins oculaires n'a que douze mille probabilités, égales à una forte probabilité, laquelle n'est pas égale à la certitude* » (4). Perfino nei casi, assai rari, in cui il giudice può « conoscere i fatti della causa » mediante la ispezione (art. 118 cod. proc. civ.), la diretta percezione del fatto, che gli dà il grado massimo di certezza soggettiva, non basta ad escludere che la verità sia diversa da quella che, per un errore dei sensi, può essergli apparsa. Anche per il giudice più scrupoloso ed attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana: quello che si vede è solo quello che ci par di vedere. Non verità, ma verosimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche illusione) di verità.

---

(2) VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, voce « Verité »,

(3) Cfr. i miei scritti: *Il giudice e lo storico*, nn. 5, 6; *La sentenza civile come mezzo di prova*, n. 9, in *Studi*, vol. V, p. 33 e ss.; p. 159 e ss.

(4) VOLTAIRE, *op. cit.*, voce « Verité ».

2. — Mi stanno dinanzi le pagine pensose e sofferte di un giovine magistrato, che prima che la guerra lo troncasse anzi tempo, era già per gli studi processuali assai più che una grande promessa: parlo di Pasquale SARACENO, trucidato sulla porta della Corte di Appello di Firenze durante le giornate della liberazione della città, il quale ci ha lasciato in quel suo libro intitolato *La decisione sul fatto incerto nel processo penale* (5) la testimonianza, tradotta in termini di logica giuridica, del tormento del giudice in cerca della verità, che urta contro il cieco muro dell'incertezza. Anche il SARACENO non può non ammettere che il giudizio storico è sempre soltanto un calcolo di probabilità; ma, poichè non sa rassegnarsi all'idea che un giudice possa condannare a morte un uomo soltanto in base ad un giudizio approssimativo di verosimiglianza, trova un motivo di consolazione nel rilevare per esperienza che, nel momento finale del giudicare, interviene nella coscienza del giudice una specie di illuminazione irrazionale, un vero e proprio *atto di fede,* che trasforma la probabilità in certezza (6).

Può darsi che così il giudicante, dopo aver fatto tutto quello che è in lui per raggiungere la verità, riesca col sentimento a mettere in pace la sua coscienza; ma questo non toglie che la conclusione del giudice, anche se egli col suo atto di fede riesce a sentirla come tranquillante certezza, rimanga, quando sia razionalmente valutata, soltanto un giudizio più o meno approssimativo di verosimiglianza. Anzi è facile accorgersi che il margine di approssimazione varia da caso a caso, secondo i mezzi di prova di cui il giudice ha potuto servirsi per arrivare alla decisione: se il giudizio si fonda su una confessione che ha tutte le apparenze di esser veritiera, il margine di incertezza è minore di quello che resta se il giudizio si fonda su semplici presunzioni; e vi possono essere perfino certi casi, come quello del processo che si chiude col giuramento decisorio, in cui il giudice è costretto a decidere in quel modo, nonostante che nella sua coscienza rimanga il sospetto, e magari la convinzione, che il vincitore ha giurato il falso.

3. — Ma questi residui di incertezza psicologica, che possono ristagnare nella coscienza del giudice, con margine più o meno largo, secondo i mezzi di indagine di cui dispone, non hanno alcuna rilevanza giuridica. Al momento in cui la sentenza passa in giudicato, le crisi di coscienza del giudice perdono ogni significato: la incertezza psicologica del giudicante non lascia traccia nel giudicato, il quale crea in ogni caso la certezza giuridica. Il giudicato, una volta staccatosi

(5) Cedam, Padova, 1940.
(6) *Op. cit.*, p. 14.

dall'alvo del processo, ha sempre la stessa resistenza giuridica, qualunque sia il grado di certezza psicologica da cui è stato generato. Questa è la conseguenza che deriva dal concepire la sentenza come un atto di volontà, come un comando, che, una volta diventato irrevocabile, si spoglia da tutte le sue premesse logiche (7). « I fatti rimangono quelli che furono, né l'ordinamento giuridico pretende che siano considerati come veri quelli che il giudice ritenne come base della sua decisione; esso anzi non si cura affatto di sapere come andarono realmente le cose, e si disinteressa completamente dei possibili errori logici del giudice; ma si limita ad affermare che la volontà della legge nel caso concreto è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge » (8).

Non sarebbe dunque esatto dire che il passaggio in giudicato trasforma il giudizio di verosimiglianza in giudizio di verità: l'effetto della cosa giudicata cade sui rapporti giuridici, non sui fatti. I fatti, anche dopo il giudicato, rimangono quelli che erano: nonostante l'antico aforisma, anche dopo il passaggio in giudicato il bianco resta bianco e il quadrato non diventa rotondo. La cosa giudicata non crea né una presunzione né una finzione di verità: la cosa giudicata crea soltanto la irrevocabilità giuridica del comando, senza prendersi cura di distinguere se le premesse psicologiche da cui questo comando è nato siano premesse di verità, o solo di verosimiglianza.

4. — La distinzione tra giudizio di verità e giudizio di verosimiglianza, se può avere importanza sotto il profilo logico o psicologico, non ha dunque di solito alcuna rilevanza giuridica nel risultato finale del processo. Vi sono però, nel diritto processuale, alcuni casi in cui la stessa legge contrappone la verosimiglianza alla verità, in quanto dispone che, ancor prima di quel giudizio definitivo sulla verità di un fatto, su cui può fondarsi il giudicato, basti il giudizio sulla sua verosimiglianza a produrre *in itinere* certi effetti processuali, quale potrebb'essere la ammissione di una prova altrimenti inammissibile, ovvero la concessione di un provvedimento sommario. Il problema della inverosimiglianza diventa a questo punto un problema giuridico. Resta inteso che ogni giudizio sulla verità dei fatti non può essere psicologicamente altro che un giudizio di verosimiglianza; ma quando è la legge che contrappone la verosimiglianza alla verità, diventa allora importante per il giurista cogliere il significato giuridico di questa contrapposizione.

---

(7) Cfr. *Il giudice e lo storico*, cit., n. 9, p. 160.

(8) Chiovenda, *Istituzioni*, I, p. 340.

Che cosa vuol dire fatto « verosimile »?

Credo che per rispondere a questa domanda convenga rifarsi a quel concetto di « massima di esperienza » che, nonostante la penetrante critica alla quale il CALOGERO lo ha sottoposto in un suo noto libro (9), non mi pare che meriti, com'egli crede, di essere definitivamente abbandonato come un concetto che non avrebbe « alcuna utilità con- « creta per la scienza processualistica »; mentre mi pare che esso, anche se in sede filosofica si riveli inconsistente, conservi ancora una rilevante utilità pratica, quasi si potrebbe dire didattica, per quei limitati fini che il giurista persegue, e non possa essere messo da parte quando il nostro diritto positivo lo codifica (art. 116 Cod. proc. civ.: « ... nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza »).

Lo STEIN, al quale si deve la introduzione nel diritto processuale del concetto, che poi si è rivelato così ricco di sviluppi, di « massime di esperienza » (*Erfahrungssätze*) (10), annovera espressamente, tra i casi nei quali queste massime entrano in funzione, il giudizio sulla *possibilità* o *impossibilità* di un fatto. Il concetto di impossibilità appare di frequente nel campo giuridico: sia nel diritto sostanziale (la possibilità dell'oggetto di un contratto, art. 1346 e segg.; la impossibilità della prestazione, art. 1463 e segg. Cod. civ.), sia nel diritto processuale, in cui, come nota lo stesso STEIN (11), il riconoscimento che un fatto è impossibile può servire sia a far dichiarare inammissibile, perché inutile, la prova che si presenta come diretta a dimostrarne la verità, sia ad escludere in via indiretta, in sede di valutazione delle prove, la verità di un fatto, dato che il fatto impossibile non può essere vero (come avviene, secondo lo STEIN, nella prova per alibi).

Il fatto impossibile, spiega lo STEIN, non è, come qualcuno ha creduto, il rovescio del fatto notorio. La notorietà è la conoscenza, appartenente alla comune conoscenza storica, della verità di un singolo fatto concreto (per es. è notorio che la capitale dello Stato italiano è Roma); il contrario della notorietà non è l'impossibilità, ma la comune conoscenza che un certo fatto in concreto non è vero (per es. è notorio che la capitale dello Stato italiano non è Firenze). Quando invece si afferma che un certo fatto è possibile o impossibile, questa affermazione concernente quel singolo fatto, non è fondata sulla diretta conoscenza storica che si abbia della verità o non verità di esso, ma è l'estensione ad esso di un criterio di ordine generale, già acquisito in precedenza, il quale ci insegna che secondo le leggi di natura finora

---

(9) *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (Padova, Cedam, 1937), p. 105.

(10) STEIN F., *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893).

(11) *Op. cit.*, p. 37.

conosciute per comune esperienza, un fatto di quel tipo non è mai avvenuto; e quindi da questa massima di esperienza ci sentiamo autorizzati a dedurre che non potrà mai avvenire in futuro e a concludere in concreto che quel fatto non è vero, perché appartiene a una categoria di fatti che *in rerum natura* non sono mai avvenuti.

Un esempio tipico di giudizio di impossibilità da cui *a fortiori* si deduce la non verità di un fatto (« *die Unmöglichkeit* — scrive lo STEIN, *op. cit.*, p. 37 — *ein specieller Fall der Unwahrheit ist* ») si ha nell'art. 235 del Cod. civ.: il quale, affinché l'azione di disconoscimento di paternità sia accolta, richiede, nei suoi nn. 1, 2, 3, la dimostrazione non tanto della non verità quanto della impossibilità della coabitazione o del concepimento ad opera del presunto padre.

5. — Analogo meccanismo logico presiede al giudizio di verosimiglianza. Anche qui, per giudicare se un fatto è verosimile o inverosimile, ricorriamo, senza bisogno di una diretta ricerca storica sulla sua concreta verità, a un criterio di ordine generale già acquisito in precedenza mediante l'osservazione del *quod plerumque accidit*: poiché l'esperienza ci insegna che fatti di quella stessa categoria avvengono normalmente in circostanze simili a quelle che si riscontrano nel caso concreto, si desume da questa esperienza che anche il fatto in questione si presenta coll'apparenza di esser vero; e viceversa si conclude che esso è inverosimile, quando, pur potendo esser vero, sembra però in contrasto col criterio suggerito dalla normalità. E' evidente come tutti questi giudizi di possibilità o impossibilità, verosimiglianza o inverosimiglianza, abbiano un carattere eminentemente relativo: non solo perché la conclusione può esser diversa secondoché si giudichi in astratto o in concreto (cioè tenendo conto della qualità soggettiva della persona alla quale il fatto è attribuito: impossibilità *oggettiva* e impossibilità *soggettiva*); ma anche perché i limiti tra possibilità e impossibilità, o tra verosimiglianza e inverosimiglianza, sono sempre variabili, secondo il livello di cultura del giudicante, com'è dimostrato dal progresso della scienza che di giorno in giorno fa entrare nel dominio della possibilità o della verosimiglianza quello che fino a ieri la esperienza volgare riteneva impossibile e assurdo.

Il confine tra il possibile e l'impossibile, tra il verosimile e l'inverosimile è una linea sfumata in continuo spostamento: e così la distinzione tra l'impossibile e l'inverosimile, concetti che nel comune linguaggio spesso si sovrappongono e si confondono.

Ancora più arduo è stabilire una precisa differenza, che sia praticamente utilizzabile in sede giudiziaria, tra le nozioni di *possibilità, verosimiglianza, probabilità*. Non è questa la sede per ricercare, attraverso le etimologie e l'uso dei buoni autori, le sfumature di significato

che distinguono propriamente queste tre espressioni, spesso usate nel comune linguaggio come sinonimi. *Possibile* è ciò che può esser vero; *verosimile* è ciò che ha l'apparenza di esser vero. *Probabile* sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero; ma nel linguaggio filosofico e teologico la parola si trova adoperata nel senso di ragionevole, « ciò che a crederlo è conforme alla ragione » (« Opinione probabile dicono i teologi quella che ha per fondamento ragioni di qualche importanza, che è sostenuta da qualche autore accreditato », MANUZZI): e non manca nelle registrazioni dei lessici l'uso della parola probabile come sinonimo di verosimile.

Ma queste differenze non hanno un preciso riscontro nel vocabolario dei giuristi: tutt'al più, se si prende come termine di riferimento l'accertamento della verità, si può dire che queste tre qualificazioni (possibile, verosimile, probabile) costituiscono, in quest'ordine, una graduale approssimazione, una progressiva accentuazione verso il riconoscimento di ciò che è vero. Chi dice che un fatto è verosimile, è più vicino a riconoscerlo vero di chi si limita a dire che è possibile; e chi dice che è probabile, è ancora più innanzi di chi dice che è verosimile, perché va al di là dell'apparenza, e comincia ad ammettere che vi sono argomenti per far ritenere che all'apparenza corrisponda la realtà. Ma si tratta di sfumature psicologiche, che ogni giudicante intende a suo modo.

6. — Quanto si detto finora potrebbe parere scoraggiante. Se ogni giudizio di verità è, a ben guardare, un giudizio di verosimiglianza; e se verosimiglianza non si distingue con precisione dalla possibilità e dalla probabilità, si dovrebbe concludere che quando la legge parla di verosimiglianza come nozione distinta da quella di verità (es.: art. 621 Cod. proc. civ.; art 2723 e art 2724 n. 1 Cod. civ.), fa in realtà una distinzione priva di senso: e con questo l'indagine si potrebbe considerare esaurita.

Senonché, per comprendere il senso della contrapposizione che il diritto processuale fa in questi e in altri articoli, tra giudizio di verosimiglianza e giudizio di verità, bisogna considerare il momento in cui, nel corso del processo, la legge in certi casi ritiene utile dare separata rilevanza, prima che siano stati raccolti gli elementi probatorî occorrenti al giudizio definitivo di verità, al giudizio di verosimiglianza: il quale ha carattere *strumentale* in contrapposto al giudizio di verità, che ha carattere *finale*.

Il giudizio di verosimiglianza, nei casi in cui il diritto processuale lo considera rilevante, ha questo di caratteristico: che è un giudizio dato non sul fatto, ma sulla *affermazione del fatto*, cioè sulla allegazione (*positio*) del fatto, proveniente dalla parte che chiede di essere

ammessa a provarlo e che lo afferma come *storicamente già avvenuto*. Questa *verosimiglianza di fatto*, di cui qui si parla, deve dunque distinguersi non solo dalla *prevedibilità* di quelle che potranno essere in avvenire le conseguenze di un fatto (come può accadere, ad esempio, quando il giudice è chiamato a valutare in anticipo quali potranno essere in avvenire le conseguenze di un fatto dannoso permanente: art. 2057 cod. civ.), ma anche da quella *verosimiglianza di diritto*, rientrante nella categoria dei cosiddetti « futuribili »), della quale, secondo il CALOGERO, il giudice nella applicazione del diritto al fatto sarebbe lo storiografo (12).

Il giudice, nel processo a tipo dispositivo, deve decidere *secundum alligata et probata partium;* e già in questa formula tradizionale affiora la scomposizione in due momenti, logicamente e cronologicamente distinti, del lavoro che la parte deve compiere per ottenere dal giudice il giudizio definitivo sulla verità; prima *allegare* i fatti, cioè affermarli come già avvenuti, descrivendoli nelle loro circostanze, e poi, in un secondo tempo, *provarli*, cioè dimostrare al giudice che l'affermazione corrisponde alla verità. Ora il giudizio di verosimiglianza riguarda il primo momento, quello della allegazione, prima che il procedimento probatorio si sia iniziato; mentre il giudizio finale di verità (anche se il giudizio di verità, psicologicamente e sociologicamente, si riduce in ultima analisi a un giudizio di verosimiglianza) (13) verte sui resultati delle prove, e può intervenire soltanto a chiusura del procedimento probatorio.

La allegazione proveniente dalla parte, cioè la rappresentazione che essa dà dei fatti di causa col raccontarli e col descriverli, non ha altro ufficio, nel processo dispositivo, che quello di fissare il *thema probandum*: non è una prova, ma la posizione di un tema di indagine. Per decidere se il fatto affermato sia vero (cioè provato), bisogna che il giudice, in una fase successiva a quella della allegazione, indaghi, cioè metta a confronto la rappresentazione di esso che costituisce il tema della indagine colle rappresentazioni del medesimo che si saranno raccolte attraverso l'esperimento dei mezzi di prova; solo se ci sarà coincidenza tra quella e queste, il fatto allegato si potrà considerare provato, cioè vero. Il giudizio definitivo di verità è dunque il

---

(12) Cfr. CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., n. 57, ove l'applicazione del diritto al fatto è considerata come « determinazione di ciò che il legislatore *avrebbe verosimilmente* voluto quando fosse stato invitato a chiarire se dalle parole della sua norma doveva ritenersi potenzialmente significato anche un caso da esse non chiaramente previsto: e che esse non avrebbero potuto, comunque, chiaramente prevedere ».

(13) SAUER, *op. cit.*, p. 106.

resultato di un raffronto tra la rappresentazione di parte (tema) e le rappresentazioni date dalle prove (dimostrazione).

Il giudizio di verosimiglianza invece non attende le rappresentazioni probatorie del fatto da provare: esso si basa, prima della indagine in concreto, su una massima di esperienza che riguarda la frequenza con cui si producono nella realtà fatti del tipo di quello allegato. È un giudizio « tipico », che vien fuori non dal confronto tra diverse rappresentazioni dello stesso fatto (tra la rappresentazione che ne dà la parte, e quelle, ad esempio, che ne danno i testimoni), ma dal confronto tra una rappresentazione di esso data dalla parte, e un giudizio di ordine generale già acquisito in anticipo, avente per oggetto la categoria tipica sotto la quale il fatto rappresentato si può far rientrare in astratto.

7. — Il giudice istruttore, nel nostro sistema processuale in vigore, « se ritiene che siano ammissibili e rilevanti », ammette i mezzi di prova proposti dalle parti (art. 187 quarto comma Cod. proc. civ.); lo stesso potere di ammettere le prove anche se non ammesse nella fase istruttoria, o di non ammetterle anche se già ammesse ed assunte in sede istruttoria, spetta al collegio. Il giudice istruttore, di fronte alle proposte probatorie delle parti, si trova a dover risolvere preliminarmente quella che la stessa legge chiama la « questione relativa all'ammissibilità o alla rilevanza dei... mezzi di prova » (art. 187 cit.): e può anche darsi che egli senza risolverla ritenga opportuno rimetterla senz'altro al collegio.

Questo esame preliminare verte, come dicono i testi citati, sulla *ammissibilità* e sulla *rilevanza* dei mezzi di prova proposti.

L'*ammissibilità* è un requisito *di mera legalità*, attinente al rispetto delle norme che prescrivono la forma in cui certi mezzi di prova debbono esser proposti (per es. la prova testimoniale non può essere ammessa se non è dedotta per articoli separati: articolo 244 Cod. proc. civ.), ovvero delle norme che pongono divieti e limitazioni all'ammissione di certi mezzi di prova in relazione alla natura dei fatti da provare (per es. la prova testimoniale non può essere ammessa per provare i contratti il cui oggetto ecceda le lire cinquemila: art. 2721 Cod. civ.).

La *rilevanza* è invece un requisito che impegna, sia pure in via preliminare, il « prudente apprezzamento » del giudice, chiamato a dare una valutazione anticipata ed ipotetica delle conseguenze giuridiche che deriverebbero dai fatti dedotti a prova, se fossero provati. Il giudizio sulla rilevanza è un giudizio di diritto, attinente al merito, che contiene già, *in nuce*, la decisione definitiva: se il giudice ritiene che i fatti come sono affermati e rappresentati dalle parti, anche se

per ipotesi fossero veri, non sarebbero idonei a produrre gli effetti giuridici che la parte pretende, è inutile perder tempo a verificare se quella affermazione corrisponde a verità. Il giudizio sulla rilevanza valuta in anticipo il costrutto giuridico che si potrebbe trarre dalla riuscita della prova proposta: mira ad evitare, come avrebbe detto GALILEO, di entrare « in una disputa non molto più rilevante che quella della lana caprina ». *Frusta probator quod probatum non relevat.* Spesso nel linguaggio forense, invece che di prove *rilevanti*, si parla, con significato analogo, di prove « pertinenti », « conferenti », « concludenti »; sono espressioni che in sostanza vogliono dire tutte la stessa cosa, in quanto, *partendo dalla ipotesi che i fatti dedotti a prova siano provati*, tendono a stabilire, con una anticipata sussunzione dei fatti sotto la norma, se vi sia un nesso di causa ad effetto tra essi fatti e le conseguenze giuridiche che la parte pretende trarne a proprio favore.

8. — Dal giudizio preliminare sulla ammissibilità e sulla rilevanza (di diritto) di un mezzo di prova, si distingue come *tertium genus* il giudizio sulla sua *attendibilità* (14) (o *credibilità*) *di fatto*, col quale si mira a valutare quale fiducia si possa avere sulla veridicità e buona fede della allegazione e a prevedere quale potrà essere, se sarà ammessa, l'esito della prova da assumere. Nel giudizio di rilevanza (di diritto) l'allegazione è accettata ad occhi chiusi, senza mettere in dubbio la sua veridicità, e senza sottoporre il suo contenuto a indagini di verosimiglianza o di probabilità: nel giudizio di *attendibilità* (di fatto), si cerca di stabilire in anticipo se il contenuto dell'allegazione meriti un certo credito, e quindi se il mezzo di prova, in sè ammissibile e rilevante, possa essere ammesso senza il rischio che possa risolversi in un resultato negativo e quindi in un inutile (e magari intenzionale) prolungamento del processo.

È qui, nel momento del giudizio sulla attendibilità, che si presenta il problema processuale della verosimiglianza. Può il giudice non ammettere un mezzo di prova solo perché ritiene inverosimili i fatti allegati? È concepibile nel nostro diritto, nel momento della ammissione della prova, un potere di sindacato del giudice sulla verosimiglianza della allegazione?

La nostra legge non risolve il problema. Ma in proposito si ha nella nostra giurisprudenza e dottrina una certa uniformità di opinioni.

Si ritiene innanzitutto, in base al principio della libera convinzione al quale si ispira il nostro sistema probatorio (*iudici fit probatio*:

---

(14) *Attendibile*: « che merita attenzione per qualche importanza che egli ha » (TOMMASEO).

la prova si dà al giudice, in quanto è indirizzata appunto a convincere il giudice), che il giudice possa legittimamente rifiutarsi di ammettere nuovi mezzi di prova, quando sia convinto che la prova sia già stata *aliunde* raggiunta (15): il che trova conferma nello stesso art. 187 Cod. proc. civ., che dà al giudice istruttore il potere di rimettere le parti davanti al collegio « se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di mezzi di prova », e quindi, *a fortiori*, il potere di dichiararla matura per la decisione di merito, quando, essendo state già ammesse ed assunte alcune prove, gli sembra che bastino queste a formare la sua convinzione, e che di conseguenza la istruzione possa dichiararsi senz'altro esaurita (art. 188). Siccome la prova è diretta a convincere il giudice, spetta a lui solo valutare se la sua convinzione sulla verità dei fatti allegati possa dirsi, in senso positivo o negativo, pienamente raggiunta: ammettere nuove prove su fatti della cui verità egli è già convinto, sarebbe superfluo; ma sarebbe ugualmente inutile ammettere ulteriori prove volte a smentire una convinzione che egli sente ormai, nella sua coscienza, piena ed incrollabile. Si intende che questa convinzione del giudice, che lo autorizza a non ammettere altre prove in aggiunta o in contrasto con essa, può essersi formata, oltre che in base alle prove raccolte, anche soltanto in base alle conoscenze di comune esperienza (art. 115 secondo comma Cod. proc. civ.): egli può legittimamente respingere una prova che abbia per oggetto un fatto contrario al notorio o un fatto impossibile (16).

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che questo potere di chiudere la porta a nuove prove, sussista in pieno quando le nuove prove che si propongono appartengono al genere delle prove liberamente valutabili (17); ma inclina a ritenere che venga meno di fronte alla delazione del giuramento decisorio, il quale dovrebbe sempre essere ammesso e prevalere sulla precedente convinzione del giudice, che si sia formata soltanto su prove libere. Mi par preferibile la contraria opinione (18), secondo la quale anche il giuramento decisorio, poiché anch'esso è una prova, si deve arrestare di fronte alla con-

(15) Cfr. De Stefano, *Collisione di prove civili* (Milano, 1951), p. 21 e ss.

(16) Cfr. De Stefano, *op. cit.*, p. 123 e ss. In questo senso è anche la giurisprudenza, che distingue la impossibilità *assoluta* dalla inverosimiglianza: Cass. 4 dicembre 1940, Rep. « Foro it. », 1941, v. *Prova in genere*, col. 1225, n. 39; 26 luglio 1941, *ivi*, 1226, n. 40; ecc.

(17) Cfr. citazioni in De Stefano, *op. cit.*, nota 16 a p. 21.

(18) Allorio, *Il giuramento della parte* (Milano, 1937), p. 220-221: riferimenti di giurisprudenza, in senso opposto, ivi, p. 221, nota 461, a cui si deve aggiungere App. L'Aquila 9 marzo 1950, in Rep. « Foro it. », 1950, v. *Giuramento*, col. 829, n. 13.

traria convinzione del giudice (19). Quando questi, attraverso la valutazione di prove ammesse dalla legge, è arrivato a formarsi sui fatti quella piena certezza che, come dice il SARACENO, ha la assolutezza di un atto di fede, egli sente da sé, nella sua coscienza, di non aver bisogno di altri elementi per decidere la lite: e quindi non sa che farsi del giuramento decisorio là dove, secondo la sua convinzione, non c'è più niente da decidere. In ogni modo mi par sicuro che sarebbe inammissibile il giuramento decisorio su un fatto ritenuto dal giudice notoriamente non vero o assolutamente impossibile (20).

9. — Altro discorso deve farsi per la inverosimiglianza: perché se il giudice, al momento di decidere sull'ammissione di una prova che gli è proposta, ritiene che i fatti dedotti a prova siano inverosimili (ma non impossibili o notoriamente non veri), vuol dire che egli non si è ancora formato una opinione così sicura sulla verità o non verità di quei fatti, da poter essere certo della inutilità di qualsiasi ulteriore prova. Il giudizio di verosimiglianza o di inverosimiglianza lascia logicamente un ulteriore margine all'indagine: ciò che appare simile al vero può essere solo illusione; e viceversa l'inverosimile può essere verità.

Mi sembra dunque ancora da accettare il vecchio insegnamento della dottrina italiana e francese (21), seguito dalla nostra giurisprudenza anche recentissima, secondo il quale la inverosimiglianza dei fatti dedotti a prova non costituisce legittimo motivo per rigettare la prova dedotta: il principio, com'è noto, è stato specialmente discusso a proposito dell'ammissione della prova testimoniale; ma si deve intendere ugualmente valevole per tutte le prove orali. In senso contrario è la dottrina tedesca; la quale, partendo dalla premessa psicologicamente esatta che ogni giudizio di verità si riduce in ultima analisi a un giudizio di verosimiglianza (retro, n. 1), considera il giudizio preventivo di inverosimiglianza dato dal giudice su fatti dedotti a prova come giuridicamente equivalente alla sua convinzione sulla non verità dei medesimi; e quindi applica anche a questo caso il principio, secondo il quale il giudice può sempre respingere una prova in contrasto con la sua convinzione. Ma vedremo più avanti come questa creduta equivalenza, che assimila l'inverosimile all'impossibile, si basi, a mio giudizio, su un equivoco.

---

(19) Cfr. il § 411 della CPO tedesca: *Die Eideszuschiebung über einer Thatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig;* WACH, *Vorträge,* cit., p. 225, e WALSMANN, *op. cit.,* p. 255.

(20) LESSONA C., *Trattato delle prove,* II, n. 179, p. 201.

(21) Cfr. per tutti LESSONA C., *Trattato delle prove,* I, n. 176-177, p. 309-311; n. 513, p. 704; II, n. 179, p. 201; IV, n. 191, p. 260; DE STEFANO, *op. cit.,* p. 15 e ss., colle sentenze ed autori ivi citati, alle note 6 e 7.

10. — Se la inverosimiglianza dei fatti dedotti a prova non può mai (a differenza della impossibilità) esser motivo sufficiente per respingere *a priori* la prova diretta a dimostrarne la verità, si hanno nella nostra legge numerose disposizioni le quali danno al giudizio preventivo di verosimiglianza una speciale rilevanza giuridica, che serve a facilitare l'adito all'ulteriore indagine probatoria sulla verità dei medesimi. Si potrebbe dire che mentre il giudizio negativo sulla inverosimiglianza dei fatti dedotti a prova *non può mai nuocere* (cioè non può mai bastare a far respingere la domanda di prova), il giudizio positivo sulla verosimiglianza dei medesimi *può in certi casi giovare* (cioè può bastare ad aprire l'adito all'ammissione di una prova altrimenti inammissibile).

I casi sono noti.

Nel Codice civile del 1865, il giudizio preventivo di verosimiglianza era espressamente richiesto dall'art. 1523 come condizione di ammissibilità della prova (di *qualsiasi prova*) della lesione nella vendita: « La prova della lesione non può essere ammessa che nel caso i cui fatti denunciati *siano bastantemente verosimili* e gravi per far presumere la lesione ».

Nel codice civile vigente, espresso riferimento a giudizio preventivo di verosimiglianza si trova negli artt. 2723 e 2724 n. 1 (corrispondente all'art. 1347 Cod. civ. del 1865) che riguardano la ammissibilità della *prova testimoniale.* Anche nel cpv. dell'art. 2721, quantunque in esso non si parli espressamente di giudizio di verosimiglianza, è diversa la formula, ma il significato non è diverso.

Il giudizio di verosimiglianza serve in questi articoli a rendere ammissibile la prova testimoniale in casi in cui essa sarebbe di regola vietata.

La prova testimoniale non è ammissibile, se ha per oggetto un contratto il cui valore eccede le lire cinquemila (art. 2721); o se ha per oggetto « patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento per i quali si alleghi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea » (art. 2722); o « qualora si alleghi che, dopo la formazione di un documento, è stato stipulato un patto aggiunto o contrario al contenuto di esso » (art. 2723).

Ma questi divieti cessano, e la prova testimoniale può essere ammessa, se il giudice si convince della verosimiglianza dei fatti dedotti a prova; infatti:

a) nel caso dell'art. 2721 « l'autorità giudiziaria può consen-
« tire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle
« parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza »;

b) nel caso dell'art. 2723 « l'autorità giudiziaria può consentire
« la prova soltanto se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla na-

« tura del contratto e ad ogni altra circostanza, *appare verosimile* che « siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali »;

c) in ogni caso (art. 2721, art. 2722 e art. 2723) la prova per testimoni è ammessa (art. 2724, n. 1) « quando vi è un principio di « prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, prove- « niente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal « suo rappresentante, che *faccia apparire verosimile* il fatto allegato ».

Il funzionamento del giudizio di verosimiglianza è molto chiaramente delineato da questi articoli, in cui il giudizio di verosimiglianza è nettamente contrapposto al giudizio di verità. Il giudizio di verosimiglianza è dato in via preventiva, sulla allegazione, non sulla prova, e serve a rendere ammissibile la prova. Ma questo non pregiudica l'esito della prova: una volta ammessa ed assunta la testimonianza, può darsi che il giudice si convinca che i fatti dedotti a prova sono veri, ma può darsi anche che si convinca del contrario. Il giudizio di verosimiglianza è soltanto un biglietto d'ingresso, un lasciapassare della prova testimoniale altrimenti vietata.

Si deve notare che questo giudizio di verosimiglianza deve essere dato non in astratto, ma *in concreto*: cioè « tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza ». Particolarmente interessante è la disposizione dell'articolo 2724, n. 1, secondo la quale per aprire l'adito alla prova testimoniale non basta il giudizio di verosimiglianza, ma occorre altresì la prova scritta della verosimiglianza (« principio di prova per iscritto »): il che significa che, mentre per superare il divieto degli artt. 2721 e 2723 basta il semplice giudizio di verosimiglianza dato sull'allegazione, per superare quello dell'art. 2722 (divieto più rigoroso e più resistente degli altri) occorre un giudizio di verosimiglianza *qualificato*, cioè fondato su una scrittura « che faccia apparire verosimile il fatto allegato ».

Altri casi che si possono citare accanto a quelli finora illustrati sono: quello dell'art. 294, secondo comma, Cod. proc. civ., secondo il quale, nel caso di costituzione tardiva del contumace, « il giudice, *se ritiene verosimili* i fatti allegati, ammette, quando occorre, la prova dell'impedimento »; e quello dell'art. 621 Cod. proc. civ.: « Il terzo opponente non può provare con testimoni il suo diritto sui beni pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, tranne che l'esistenza del diritto stesso sia *resa verosimile* dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore ».

Da queste disposizioni si può dunque trarre una regola generale: che, mentre nei casi in cui la prova è per legge ammissibile, la inverosimiglianza dei fatti allegati non è mai un motivo *probationis ingressum impediens*, la verosimiglianza di essi può essere, nei casi in cui

la prova è per legge inammissibile, un motivo *probationis ingressum permittens.*

11. — Ma non sono questi i soli casi in cui il giudizio di verosimiglianza ha, nel nostro sistema probatorio, una sua preventiva rilevanza. Anche se in altre disposizioni la legge non adopra espressamente la parola, è certo che l'apprezzamento di verosimiglianza ha una grande importanza nel sistema della prova libera, non solo come criterio per la valutazione finale delle prove (come si dirà), ma anche come strumento dato al giudice per disporre entro certi limiti delle prove e per attenuare la rigidezza delle regole legali di repartizione dell'onere della prova.

Si potrebbe immaginare un sistema processuale (diverso dal nostro, che segue ancora in gran parte gli schemi tradizionali del processo a tipo dispositivo) in cui la repartizione dell'onere della prova, invece di essere rigidamente prestabilita per legge secondo la posizione processuale delle parti e secondo la natura dei fatti da provare ragguagliata al rapporto giuridico, fosse determinata di volta in volta dal giudice secondo una preventiva valutazione comparativa della verosimiglianza delle affermazioni delle parti. Per far questo non sarebbe necessario trasformare il processo civile da dispositivo in inquisitorio e dare al giudice, come nel processo penale, il potere di ricercare d'ufficio la verità anche fuori delle allegazioni delle parti; ma, pur conservando il principio secondo il quale il giudice deve decidere *secundum alligata et probata,* si dovrebbe consentire al giudice, su tutti i punti in cui le allegazioni delle parti contrapposte fossero tra loro in contrasto, di far gravare l'onere della prova sull'una o sull'altra parte, secondo il diverso grado di probabilità che a suo giudizio dovesse attribuirsi alle contrastanti affermazioni. Dovrebbe bastare, in altre parole, che l'affermazione della parte fosse verosimile perché il giudice dovesse invertire in suo vantaggio l'onere della prova, facendo gravare sulla controparte l'onere di provare il contrario (22).

Fondamento del processo a tipo dispositivo è il principio secondo il quale l'affermazione che una parte faccia di fatti a sé favorevoli, non è una prova, ma solo la posizione di un *thema probandum*: proprio per questo l'allegazione, che è la tesi da dimostrare, si distingue, come già si è detto, dalla prova, che ne è la dimostrazione. Ma questo principio potrebbe attenuarsi (e si va attenuando gradualmente nelle legislazioni moderne) (23) nel senso che al giudice fosse consentito di far

---

(22) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema,* I, p. 428; SARACENO, *op. cit.,* p. 117-118.

(23) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, n. 281.

dipendere dal suo libero apprezzamento della maggiore o minore credibilità delle allegazioni, la scelta dei mezzi di prova e della parte alla quale dovesse essere attribuito l'onere (o il vantaggio) di fornirli.

Un sistema siffatto non è in generale quello del nostro processo, fondato sulla repartizione legale dell'onere della prova: e tuttavia anche nel nostro processo si hanno numerose aperture attraverso le quali può accadere che la allegazione della parte venga ad esercitare di per sé, solo in virtù della sua verosimiglianza e credibilità, una sua, sia pure indiretta, efficacia probatoria.

Già nelle disposizioni che abbiamo viste sulla prova testimoniale, la possibilità data al giudice di far dipendere l'ammissione di una prova, altrimenti vietata, anche dalla « qualità delle parti », sembra invitare il giudice a metter nel conto anche la serietà e la moralità dei litiganti, e ad agevolare il compito probatorio di quello di essi che gli sembri dare maggiori garanzie di dire il vero. Ma lo strumento particolarmente destinato, anche nel nostro sistema processuale, a correggere la meccanicità della repartizione dell'onere della prova, e a dar rilevanza giuridica, nel quadro del materiale probatorio, anche alla forza suggestiva della verosimiglianza della allegazione, è il giuramento suppletorio (art. 2736, n. 2), col quale il giudice, quando liberamente sceglie la parte a cui deferirlo, manifesta con ciò una preferenza fondata sulla fiducia, che ha per base la diversa verosimiglianza delle allegazioni (24). Quando il giudice deferisce il giuramento suppletorio, manifesta con ciò in maniera molto chiara quale è, secondo lui, la parte che merita la vittoria (25): o, detto in termini probatorî, quale è quella delle due contrapposte allegazioni che più somiglia alla verità e che merita per questo di essere aiutata col giuramento. La valutazione probatoria è conclusa di fatto, così, con un giudizio di verosimiglianza; il giuramento serve soltanto, *pro exoneranda conscientia judicis*, a ribadire con un suggello di solennità formale una decisione che già si fonda, in sostanza, più che sulla forza di convinzione della prestazione del giuramento, sulla preventiva attendibilità della allegazione proposta come formula di esso.

---

(24) Cfr. KOHLER, *Civilprocessrecht*, 55, citato da CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, p. 345, il quale osserva che « il giudice ha già in mano nel... giuramento suppletorio uno strumento per dare la prevalenza all'equità nel caso concreto ».

(25) SARACENO, *op. cit.*, p. 124, osserva che il giuramento suppletorio permette al giudice « di risolvere praticamente la lite dando la possibilità di vittoria a quella parte che reputa più probabilmente meritevole di vincere ».

12. — A facilitare il giudice in questo giudizio preventivo di verosimiglianza che anche nel nostro processo può in certi casi (come si è visto) esercitare un influsso decisivo sullo svolgimento della istruzione probatoria, è preordinata nel codice vigente l'introduzione di quell'« interrogatorio non formale delle parti » (art. 117 Cod. proc. civ.), sulle finalità del quale la dottrina non è arrivata ancora a conclusioni concordi.

Si può qui osservare di passaggio che la chiave di questo interrogatorio libero, che non è preordinato, come l'interrogatorio formale, a provocare una confessione con effetti di prova legale, si trova nell'art. 116 quando dice che dall'interrogatorio libero il giudice, nel sistema della libera convinzione, può desumere « argomenti di prova »: con che si deve intendere, a mio avviso, non solo argomenti di convinzione utilizzabili come presunzioni semplici (art. 2729 Cod. civ.), ma altresì argomenti di verosimiglianza che possano servire di orientamento al giudice per l'indirizzo da dare alla istruzione probatoria. L'interrogatorio libero può essere un mezzo particolarmente adatto a raccogliere quelle informazioni « sulla qualità delle parti, sulla natura del contratto e su ogni altra circostanza », che, come si è visto, possono in certi casi autorizzare il giudice ad ammettere una prova testimoniale per legge inammissibile; e così al momento di deferire un giuramento suppletorio, il giudice, attraverso il diretto contatto colle parti che l'interrogatorio libero permette, può farsi un'idea esatta delle loro qualità personali, e valutare così quale sia di esse la più credibile e quindi la più degna di essere aiutata col giuramento.

L'interrogatorio libero, insomma, non mira soltanto a fornire al giudice informazioni sui fatti, ma anche informazioni sulla persona: sotto questo profilo l'interrogatorio libero ha qualche punto di contatto coll'« esame dell'interdicendo » prescritto dall'art. 714 Cod. proc. civ.: è una specie di ispezione personale che il giudice può fare sulle parti, non tanto per sapere quello che dicono, ma per farsi un'idea, dal modo con cui lo dicono, della loro cultura e del loro carattere.

Quando si crede di trovare una differenza tra il processo penale e il processo civile, dicendo che nel primo si giudica la persona e nel secondo il fatto, si dimentica che anche nel processo civile esistono numerose porte per introdurre al cospetto del giudice il rispetto dovuto alle qualità morali della persona: una di queste porte è l'art. 117 del Cod. proc. civ.

13. — Il giudizio di verosimiglianza, nei varî casi di cui si è parlato finora, prende posto nel corso dell'istruzione, e più propriamente nella fase iniziale di essa, quando il giudice è chiamato a decidere preliminarmente sulla ammissione delle prove proposte dalle parti:

la decisione definitiva della causa non deriva direttamente da questo giudizio di verosimiglianza, ma dall'esito delle prove ammesse sulla base di esso. Il giudizio di verosimiglianza ha quindi una funzione non solo strumentale, ma, diciamo così, *selettiva* ed *eliminatoria,* limitata al campo probatorio: lascia passare, come un vaglio, solo quei mezzi di prova che, per la verosimiglianza del *thema probandum,* si presentino *prima facie* con una certa garanzia di credibilità e quindi con una certa probabilità di esito positivo.

Ma di giudizio preliminare di verosimiglianza con funzione eliminatoria e selettiva si può parlare anche in un senso più vasto: non come giudizio preliminare sulla ammissibilità di una prova, ma addirittura come giudizio preliminare sulla ammissibilità *dell'azione.*

Anche qui, ragionando *in iure condendo,* si potrebbe immaginare un sistema processuale costruito diversamente da quello vigente da noi, nel quale fosse stabilito come regola generale il principio che l'azione non possa esser proseguita fino alla sua definitiva decisione, se essa non abbia superato un esame preliminare e delibativo di attendibilità *prima facie,* attraverso il quale il giudice l'abbia riconosciuta meritevole di una cognizione appiofondita. Questo sistema potrebbe avere lo scopo di eliminare sul nascere le domande *prima facie* infondate, e di liberare così i tribunali dall'ingombro delle liti temerarie; ma in questo modo il diritto di azione in senso astratto, cioè il diritto di ottenere in ogni caso una decisione di merito anche su una domanda palesemente infondata (purché ritualmente proposta), verrebbe a cadere, colla conseguenza, di cui sono evidenti i pericoli di ordine politico, che l'ottener giustizia potrebbe ridursi ad una graziosa concessione dipendente dall'arbitrario beneplacito del giudice.

La storia del processo potrebbe offrirci numerosi esempi di cosiffatto esame preliminare di credibilità, col quale si è cercato in altri tempi di fermare la litigiosità sulla soglia del processo. Per non parlar d'altro, il *iuramentum calumniae,* col quale nel diritto comune la parte era invitata a *jurare* sulla sua buona fede (*Istud juretur, quod lis sibi justa videtur*) (26), colla conseguenza che se non giurava, la domanda era dichiarata inammissibile, ovvero, se chi si rifiutava di giurare era il convenuto, era senz'altro accolta (27), voleva essere un mezzo di selezione preliminare, per cercar di chiudere le porte del processo ai *temere litigantes.*

Nei diritti moderni, nei quali l'azione è un diritto civico costituzionalmente garantito (cfr. l'art. 24 della Cost. italiana), un siffatto

---

(26) Cfr. DAMASI, *Summa de ordine judiciorum,* tit. 45 e ss.: *De juramento calumniae.*

(27) *Op. cit.,* tit. 50: *Poena autem nolentis iurare haec est: si actor est, cadit a causa; si autem reus, pro convicto habetur.*

esame preliminare di attendibilità *prima facie* non può esistere come istituto generale. Ma ve ne sono tuttavia, anche nel processo civile, alcune applicazioni speciali, in casi nei quali, per il carattere scandaloso o per i riflessi pubblicistici della materia di cui si contende, il legislatore ha ritenuto opportuno di condizionare la ammissibilità dell'azione a un preventivo esame delibativo della sua fondatezza.

L'esempio più tipico è quello in tema di azione per dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, dato dall'art. 274 Cod. civ., il quale condiziona l'ammissibilità dell'azione all'esito di una « inchiesta sommaria » compiuta dal tribunale in camera di consiglio, sulla « giustificazione » della domanda: « L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale è ammessa solo quando concorrono indizi tali da farla apparire giustificata ».

Qui non si tratta soltanto di giudizio di verosimiglianza sui fatti allegati, ma di una generale segreta delibazione di attendibilità di tutti gli aspetti, di fatto e di diritto, morali e sociali, della domanda (la stessa segretezza, sia pure nel campo ben diverso della giurisdizione volontaria, l'art. 313 Cod. civ. stabilisce per l'adozione): e, poichè il decreto col quale il tribunale dichiara non giustificata l'azione non è impugnabile, qui si può dire veramente che l'azione sia, anziché un diritto, una concessione del giudice.

Qualche cosa di simile avviene nel procedimento di interdizione o di inabilitazione; in cui, nonostante le incertezze che regnano in dottrina sulla interpretazione delle norme non tutte chiarissime dettate dal Cod. proc. civ. in questa materia (art. 713-715) (28), pare che la domanda di interdizione, prima di arrivare all'esame definitivo di merito, debba superare non uno, ma due esami preliminari di attendibilità: quello dinanzi al presidente, il quale, su richiesta del pubblico ministero « può con decreto rigettare senz'altro la domanda » (art. 713 Cod. proc. civ.) (29); e quello dinanzi al giudice istruttore, il quale, in seguito all'istruzione che la legge stessa chiama « preliminare » (art. 714), può proporre al collegio di rigettare la domanda ancor prima che questa sia ammessa alla ulteriore istruzione in ordinario contraddittorio (30).

Di quest'istituto dell'esame preliminare di attendibilità a scopo eliminatorio, potrebbero trovarsi numerosi esempi, se l'indagine non

---

(28) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, III, n. 921.

(29) Sulla « fase presidenziale » che costituisce il « primo vaglio » del giudizio d'interdizione, cfr. POGGESCHI, *Il processo d'interdizione e di inabilitazione* (Milano, 1954), p. 43.

(30) POGGESCHI, *op. cit.*, p. 64 e segg.

ci portasse troppo lontano dal limitato tema di questo studio, nei campi più svariati del processo.

Quando entrerà in funzione la Corte costituzionale prevista dalla nostra Costituzione, il giudice dinanzi al quale verrà sollevata la eccezione pregiudiziale di illegittimità costituzionale, potrà rifiutarsi di sospendere il processo e di rimettere la questione alla decisione della Corte, quando riterrà che tale eccezione sia « manifestamente infondata » (l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, art. 1): caso tipico di esame preliminare di attendibilità, preordinato a precludere alle eccezioni *prima facie* inattendibili l'accesso all'esame della Corte costituzionale (31).

In tutt'altro campo, carattere eliminatorio ha certamente quella delibazione del cosiddetto *fumus boni iuris* che devono compiere le commissioni per il gratuito patrocinio, quando, per ammettere il ricorrente ai benefici della difesa gratuita, devono valutare, con un esame *prima facie* di fatto e di diritto, « la probabilità dell'esito favorevole della causa od affare » (art. 15, n. 2 della l. 30 dicembre 1923, n. 3282). La stessa funzione selettiva doveva avere, sino alla sua recente abolizione, la *chambre des requêtes* della Cassazione francese, istituita per impedire ai ricorsi manifestamente infondati di arrivare alla discussione pubblica dinanzi alla *chambre civile* (32).

E funzione non diversa può avere nel processo penale la fase dell'istruzione, che ha, tra i suoi scopi, quello di evitare il dispendio e il clamore del giudizio solenne per tutte quelle accuse che l'istruzione riesca ad eliminare con una sentenza istruttoria di proscioglimento (art. 378 Cod. proc. pen.): la quale, se si confronta colla sentenza di proscioglimento pronunciata in seguito a giudizio, che sola può costituire il giudicato definitivo, appare come un giudizio provvisorio di verosimiglianza, sempre soggetto, per il sopravvenire di nuove prove, alla riapertura dell'istruzione (art. 402 Cod. proc. pen.) (33).

14. — Un fenomeno processuale diverso da quelli esaminati fin qui si ha in quei procedimenti sommarî, in cui la stessa legge, allo scopo di semplificare e accelerare la emanazione di provvedimenti di carattere provvisorio ed urgente, autorizza il giudice ad accon-

---

(31) Cr. il mio libro *La illegittimità costituzionale delle leggi* (Padova, 1950, n. 14).

(32) Cfr. il mio trattato *La Cassazione civile*, I, p. 546; II, p. 423.

(33) Il CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale* (Roma, 1947), p. 191, insegna che il contenuto logico della sentenza penale istruttoria è « un *giudizio di probabilità* in luogo di un *giudizio di certezza* ».

tentarsi di un giudizio di verosimiglianza, fondato su prove *leviores*, o, come anche si dice, su prove *prima facie* (34).

Casi tipici di questo fenomeno si hanno nei provvedimenti possessorî (art. 1168 Cod. civ.: « La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla *semplice notorietà del fatto, senza dilazione* ») e nei procedimenti cautelari: denunce di nuova opera e di danno temuto (art. 1171: « l'autorità giudiziaria, *presa sommaria cognizione del fatto*, può vietare la continuazione dell'opera... »; art. 690 Cod. proc. civ.: « *assunte, quando occorre, sommarie informazioni* »); sequestro (art. 672, quarto comma: « Il giudice *assunte, quando occorre, sommarie informazioni...* »); provvedimenti di istruzione preventiva (art. 695 Cod. proc. civ.: « *assunte, quando occorre, sommarie informazioni* »); provvedimenti d'urgenza (art. 700 Cod. proc. civ.). In tutti questi casi, come osservava il SARACENO (35), « l'ammissione di prove *leviores* non costituisce per il giudice un semplice consiglio, ma una vera e propria disposizione con effetto vincolativo per il giudice, che è tenuto ad accogliere la domanda *anche se le prove fornite non sono arrivate a dargli la certezza* ».

In queste disposizioni, ed in altre analoghe, la legge non parla espressamente di *verosimiglianza*: preferisce parlare di « sommarie informazioni », assunte « quando occorre ». Ma questa sommarietà di indagine si risolve in realtà quasi sempre in un giudizio di verosimiglianza fondato soprattutto sulla attendibilità della allegazione, la quale può bastare essa sola, qualora il giudice ritenga che non ci sia bisogno neanche di assumere sommarie informazioni per renderla maggiormente credibile, alla concessione del provvedimento.

Qui il giudizio di verosimiglianza non ha quella funzione eliminatoria di cui si è parlato in precedenza: non costituisce un passaggio obbligato nella fase istruttoria di un unico processo, una specie di saracinesca, che si alza soltanto di fronte alle allegazioni verosimili, per lasciar l'adito all'accertamento approfondito della verità. Qui, in questi procedimenti sommarî, basta il giudizio di verosimiglianza a dar luogo senz'altro al provvedimento (possessorio o cautelare) favorevole: il che è ammesso, perché questo è un provvedimento destinato ad aver vita provvisoria, fino a che in un altro processo, nel quale il giudice procederà normalmente a una indagine approfondita di verità, si possa giungere al provvedimento definitivo, destinato a prendere il posto di quello provvisorio. Si tratta di provvedimenti interinali; che, appunto per questo, possono fondarsi sul piedistallo poco resistente di

---

(34) Cfr. SARACENO, *op. cit.*, nn. 90-97; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 323.
(35) *Op. cit.*, p. 118.

una verità anch'essa interinale, quale può venir fuori da una semplice valutazione di verosimiglianza.

Per casi come questi la dottrina, piuttosto che di prova, preferisce parlare di *credibilità*, di *giustificazione* (36) (*Glaubhaftmachung* del diritto tedesco (37)): alla stessa nozione si ricorre anche per spiegare le numerose disposizioni del processo ordinario, nelle quali, per il compimento di un singolo atto o per evitare le conseguenze di una omissione di attività, basta, invece della prova, la verosimile allegazione di un « giustificato motivo » (es. art. 232, 239 Cod. proc. civ.).

15. — Nei casi finora passati in rassegna abbiamo visto che il giudizio di verosimiglianza, quando la legge lo considera rilevante in sé, come una fase distinta e contrapposta a quella dell'accertamento della verità, è in sostanza un avviamento a trasformare la allegazione in prova: ossia, per dir meglio, a dare in certi casi una provvisoria rilevanza probatoria anche alla semplice allegazione di parte, attenuando il rigore del principio tradizionale secondo il quale la affermazione di fatti che la parte faccia a proprio favore deve considerarsi destituita in ogni caso di qualsiasi credibilità. In questi casi anche la *pro se declaratio* può, a certi limitati effetti, esser creduta dal giudice, purché sia verosimile: si potrebbe dire che in questi casi anche nel nostro processo le affermazioni di parte possono assumere, quando sono assistite dalla verosimiglianza, un certo valore testimoniale.

Nei casi che si son visti, il giudice non ha più il dovere di rimanere inerte dinanzi all'allegazione di parte, in attesa che vengano le prove a dimostrare la credibilità di essa; ma può ritenerla senz'altro credibile, senza bisogno di prove, ai limitati effetti di ammettere una prova altrimenti vietata (n. 10), o di dare ingresso a un'azione altrimenti inammissibile (n. 13), o di concedere un provvedimento sommario (n. 14). Si può dire che, quando c'è la verosimiglianza, può accadere che la parte che afferma fatti a sé favorevoli sia creduta sulla parola: vi è perfino qualche caso in cui è la stessa legge che, in via eccezionale, consente al giudice di dare alla affermazione di parte, purché verosimile, lo stesso valore di una prova definitiva di verità (per l'art. 265 Cod. proc. civ. le partite di un conto possono essere considerate esatte, sulla semplice affermazione di chi rende il conto, « quando sono verosimili e ragionevoli »).

---

(36) Chiovenda, *Istituzioni*, II, p. 427.

(37) Cfr. Sauer, op. cit., p. 167.

16. — Possiamo ora tornare, a conclusione di questo saggio, al punto da cui siamo partiti: cioè all'insegnamento del WACH, secondo il quale nel processo ogni giudizio di verità si riduce ad un giudizio di verosimiglianza, che può dare la certezza giuridica, ma non quella psicologica e sociologica (38).

La esattezza di questo insegnamento traspare anche dalla massima, spesso ripetuta nella nostra giurisprudenza, secondo la quale « se la inverosimiglianza dei fatti dedotti a prova testimoniale non può valere come criterio idoneo per escludere l'amissibilità della prova, può ben costituire elemento legittimo nella formazione del convincimento del giudice in base alla prova già acquisita » (39). Questa massima non è in contrasto con l'altro consolidato insegnamento (n. 9) secondo il quale, di regola, non basta la semplice inverosimiglianza dei fatti allegati a rendere inammissibile la prova. Se i fatti allegati appaiono inverosimili (*ma non impossibili*) il giudice non può rifiutare *a priori* l'ammissione delle prove con cui la parte che li allega assume di poterne dimostrare la verità: anche l'inverosimile può esser vero, e non ci sarebbe ragione plausibile per impedire alla parte, che ha non solo l'onere ma anche il diritto di provare, di dimostrare che, nonostante le contrarie apparenze, qui l'allegazione astrattamente inverosimile è vera in concreto. Ma quando tutte le prove sono state ammesse ed esaurite, e al giudice non rimane altro che valutarle secondo il suo libero apprezzamento, allora la verosimiglianza o la inverosimiglianza tornano ad essere *a posteriori* argomenti di cui il giudice può servirsi per formare la sua convinzione. Specialmente quando i materiali probatorî consistono in deposizioni testimoniali tra loro contrastanti, o quando dalle prove raccolte risultano soltanto indizî dai quali si può risalire alla verità solo per via di ragionamento presuntivo, il giudizio di verosimiglianza può avere, nella coscienza del giudice, valore decisivo: anche se, per mettere in pace la sua coscienza, il giudice lo maschera col ricorrere alla *extrema ratio* del giuramento suppletorio, fondato appunto su un criterio comparativo di attendibilità (n. 11). Si può, dunque, stabilire questa regola: che mentre la inverosimiglianza delle allegazioni non è un motivo per non ammettere la prova su di esse, la verosimiglianza di esse può bastare, dopo la inutile assunzione di altre prove, a farle considerare come provate.

Mi avvenne una volta di patrocinare una causa di impugnazione di riconoscimento di paternità per difetto di veridicità (art. 263 Cod.

---

(38) SAUER, *op. cit.*, p. 106.

(39) Cass. 31 gennaio 1953, in Rep. « Foro it. », 1953, v. *Prova testimoniale*, col. 1870 n. 10; Cass. 8 agosto 1951, *ivi* 1951, stessa voce col. 1731, n. 130; ecc.; DE STEFANO, *op. cit.*, p. 19 e ss.

proc. civ.), in cui, per certe postume sopravvenienze ereditarie, si trattava di accertare retrospettivamente chi fosse il vero padre di un figlio nato da una vedova che al momento della nascita di questo figlio si diceva avesse avuto contemporanea relazione con due diversi amanti. Uno di questi, dopo molti decennî dalla nascita del figlio, lo aveva riconosciuto come suo; a distanza di quasi un secolo (morta la madre, morti tutti e due i presunti amanti e morto anche il figlio) insorgevano i nipoti, spinti dall'interesse ereditario, a sostenere che il vero padre era l'altro, e non quello che aveva fatto il non veridico riconoscimento. Furono sentiti una quantità di testimoni, i più giovani dei quali erano ottuagenarî; ma come si poteva, nell'incertezza e nel contrasto delle loro versioni sulla condotta e sulle relazioni della vedova, riuscire a tanta distanza di tempo a far luce su questi remoti segreti d'alcova? In una causa come quella, con tutta la buona intenzione dei giudici di accertare la verità, la motivazione della loro sentenza doveva necessariamente ridursi a una indagine di verosimiglianza: a una scelta, cioè, della più verosimile tra le diverse versioni tutte incerte. Questo non esclude, si intende, che anche questa sentenza, fondata soltanto su un calcolo di verosimiglianza, abbia prodotto, quando è passata in giudicato, la assoluta certezza giuridica; ma non credo che in un caso come quello (e in generale in tutti i processi indiziarî) sia potuto bastare quell'atto di fede, di cui parla il libro del SARACENO, a trasformare nella coscienza dei giudici il giudizio di verosimiglianza in soggettiva certezza morale!

17. — In un recente libro di teoria generale del diritto processuale (40) il SAUER ha dato particolare rilievo al cosiddetto *principio di verosimiglianza* (*Wahrscheinlichkeitsprinzip*), che egli considera come uno dei principî fondamentali comuni al processo civile e al processo penale.

Dopo aver posto la premessa (psicologicamente e sociologicamente esatta, come si è visto) che ogni sentenza, anche se il giudice ha la soggettiva certezza di aver raggiunto la verità, è in realtà un giudizio di verosimiglianza (41), egli distingue nel procedimento (civile e penale) due fasi, che egli chiama preliminare (*Vorverfahren*) e principale (*Hauptverfahren*): la prima fondata su un giudizio superficiale di verosimiglianza avente per oggetto la domanda, la seconda su un giudizio approfondito di certezza, avente per resultato il giudicato (42). E fondandosi su questa bipartizione del procedimento di cui trova

(40) W. SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre* (Heymanns V., 1951).
(41) *Op. cit.*, p. 106.
(42) *Ivi*, p. 107

nel diritto positivo tedesco diverse applicazioni, egli crede di poter considerare il principio di verosimiglianza come un orientamento fondamentale di politica giudiziaria, che dovrebbe sempre più diventare in avvenire il principio ispiratore del processo.

Tale principio parte dal considerare che sia il rispetto dovuto all'autorità dei giudici, sia la economia dei giudizi esigono che un tribunale non possa essere obbligato a perder tempo con l'occuparsi di una causa, quando la domanda (o l'accusa) si presenta inverosimile: sicché sia opportuno eliminare preventivamente dalla trattazione le azioni che, pur essendo ritualmente proposte e concludenti sotto l'aspetto puramente logico, non appaiono nel merito indirizzate a uno scopo in sé giusto (43). Da ciò la regola seguente: che tutte le allegazioni di parte devono essere non solo concludenti (*schlüssig*: « rilevanti », diremmo noi) sotto l'aspetto logico-formale, ma anche, sotto l'aspetto sostanziale, abbastanza attendibili (*hinreichend aussichtsvoll*): in mancanza di che il tribunale nonostante la loro formale rilevanza, le dovrebbe respingere come illegittime e non ammetterle alla trattazione di merito, dichiarandole con semplice ordinanza inammissibili senza esame.

Non credo che questa tesi del SAUER si possa accogliere senza riserve. Prima di tutto non mi pare che dal riconoscere che, sotto l'aspetto psicologico e sociologico, ogni giudizio di verità (e quindi anche le sentenze passate in giudicato) non è alla fine altro che un giudizio di più o meno approssimativa verosimiglianza, sia lecito dedurre una norma giuridica che autorizzi il giudice a rigettare senza esame come inammissibile ogni domanda che gli appaia *prima facie* inattendibile: quando non è escluso che un esame approfondito della causa lo possa portare (a questo servono appunto le prove) a convincersi che la sua prima impressione era sbagliata, e a pronunciare una decisione di merito che, pur essendo anch'essa alla fine (per la inevitabile fallacia di ogni giudizio umano) un giudizio di verità relativa, abbia tuttavia, nel fondamento delle prove raccolte, molto maggiori probabilità di approssimarsi alla verità che non il giudizio *prima facie*, improvvisato senza meditazione e senza prove.

Anche se siamo convinti che la natura umana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si può alla meta irraggiungibile: così nel processo, anche se si è convinti che la sentenza finale non può essere altro che un giudizio di verosimiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ciò non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata

(43) *Ivi*, p. 150.

a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricerca della verità, in modo che lo scarto tra questa e la verosimiglianza si riduca al minimo.

In secondo luogo, non mi pare che la tendenza, viva nelle legislazioni processuali di tutti i tempi, a liberare il processo dal peso ingombrante delle cause infondate, possa opportunamente tradursi in una regola generale che autorizzi il giudice a respingere *in limite litis* senza esame tutte le domande che gli sembrino *prima facie* inattendibili. Qaulche applicazione di questa idea c'è già *in iure condito* (e ne abbiamo passato in rassegna gli esempi); ma non credo che sia desiderabile che queste sporadiche applicazioni si trasformino *in iure condendo* in una regola generale, che verrebbe a far dipendere l'ammissibilità dell'azione dall'arbitrio soggettivo del giudice. Un siffatto sistema si risolverebbe in una petizione di principio. Si suol dire che nelle legislazioni moderne l'azione in senso astratto è il « diritto di aver torto », cioè il diritto di ottenere sulla domanda anche infondata una decisione di merito, che accerti se e perché la domanda è infondata; ma se si traducesse in pratica il *principio di inverosimiglianza,* il giudice verrebbe ad avere il potere, quasi per illuminazione sovrumana, di dar torto alla parte senza accertare che ha torto: di dichiarare infondata l'azione senza spiegare perché è infondata. Il principio secondo il quale il giudice, prima di respingere una domanda come infondata, ha il dovere di esaminarla nel merito per dimostrarne con tutte le garanzie probatorie la infondatezza, *è una garanzia di libertà.* Se non ci fosse questo principio, la giustizia diventerebbe un mero arbitrio del giudice. L'azione, invece che un diritto, diventerebbe una grazia: il giudizio, invece che sulla ragione, sarebbe fondato sull'irrazionalità dell'istinto e delle simpatie.

Tra l'ammettere ogni domanda, per quanto possa apparire *prima facie* inattendibile, all'esame approfondito del merito, anche se con questo si rischi di ingombrare i tribunali con una moltitudine di cause infondate, e il subordinare l'azione alla preventiva autorizzazione del giudice, naturalmente portato a scambiare la verità con la sua impressione, preferisco gli inconvenienti del primo sistema. Anche qui, *malo periculosam libertatem.*

XXVI

IL GIUDICE ISTRUTTORE NEL PROCESSO CIVILE (*)

Ho desiderato di parlare stasera, alla fine di questa prima giornata, nella quale ci troviamo ancora in fase di chiarificazione e di assestamento di idee. Mi pare facilmente prevedibile che questo nostro « Incontro » dovrà terminare domani con l'approvazione di una risoluzione scritta, destinata a far conoscere alle autorità competenti e al pubblico i voti sui quali si troverà d'accordo la maggioranza delle persone qui convenute: sicchè nella seduta di domattina penso che si dovrà deferire ad un ristretto comitato la redazione di tale motivata risoluzione, da sottoporre alla discussione dell'assemblea, per fissare i punti (e spero che saranno molti) sui quali ci troveremo concordi.

Ma intanto, prima che si chiuda la fase di chiarificazione in cui ancora ci troviamo, vorrei esporvi una mia impressione: che cioè, nelle relazioni presentate stamane, e nella discussione che ne è seguita, non siano affiorati, per una certa ritrosia a dire le verità più scottanti, tutti i possibili aspetti della questione del giudice istruttore.

Ora io credo che lo scopo fondamentale di questo nostro convegno — che a ragion veduta è stato chiamato « Incontro », quasi per dar l'idea di una conversazione senza solennità ma in tono amichevole, familiare e pacato — tra i rappresentanti della Magistratura, dell'Ordine Forense e della Scienza giuridica, sia quello di invitare ciascuno di noi ad una specie di esame di coscienza e ad una sincera confessione.

Di solito all'infuori di queste fortunate occasioni in cui è possibile un franco scambio di idee, gli avvocati e i professori di discipline giuridiche stanno troppo distanti dai magistrati. Noi avvocati, almeno quelli di noi che restano fedeli al dovere di discrezione che il difen-

---

(*) E' il testo stenografico dell'intervento di P. C., pubblicato in *Atti dell'« Incontro » fra Magistrati, Professori universitari e Avvocati per lo studio del tema " Il giudice istruttore nel processo civile ", Milano, 11 e 12 giugno 1955*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 237-245; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 355-365. [*Bibliografia*, n. 849].

sore ha verso il giudice, parliamo ai magistrati da lontano quando indossiamo la toga ed essi seggono a distanza sul loro banco. Sono rari gli incontri in cui sia possibile parlarci senza solennità e a cuore aperto: e proprio lo scopo del convegno odierno dovrebb'essere quello di farci qui, su un argomento che sta ugualmente a cuore a tutti noi, le confidenze dettate dalle nostre diverse esperienze.

Proprio per obbedire a questo dovere di sincerità, bisogna guardarci dall'adoprare parole vaghe e frasi generiche, senza aver prima chiarito a noi stessi che cosa c'è di concreto sotto queste parole.

Finora siamo stati tutti d'accordo nel riconoscere che il vero problema, il problema che bisogna risolvere preliminarmente affinchè il codice funzioni o affinchè si veda che non può funzionare, è quello dei « mezzi ». Ma che cosa sono questi mezzi? Sono i locali, i mobili per arredarli, i libri, le macchine da scrivere, le automobili e così via. Sono anche gli ausiliari giudiziari, i cancellieri, gli ufficiali giudiziari, le stenodattilografe. Sono anche gli adeguati stipendi. Ma, sopratutto, i *mezzi* indispensabili affinchè il processo possa funzionare *sono i magistrati.*

È stato giustamente osservato che noi continuiamo ad avere oggi un numero di magistrati non molto superiore a quello che nel 1865 era adeguato al numero delle cause di quel tempo; ma da allora ad oggi il numero delle cause civili è quasi raddoppiato. Il che vorrebbe dire che oggi, anche se i congegni del codice del 1942 non richiedessero l'impiego di un numero di magistrati maggiore di quello richiesto dal codice del 1865, l'aumento del lavoro giudiziario richiederebbe in proporzione, in confronto con quello del 1865, un numero di magistrati raddoppiato. Oggi, poniamo, si hanno, come nel 1865, seimila magistrati: ce ne vorrebbero *dodicimila!*

Facciamo l'ipotesi puramente fantastica che domani venga un Guardasigilli capace di ottenere dal Tesoro i fondi occorrenti per retribuire dodicimila magistrati invece di seimila. Ma quando fosse risolto il problema dei fondi, dove troverebbe il Guardasigilli i magistrati per coprire i seimila posti di nuova istituzione?

Da alti magistrati qui presenti, che meglio di me conoscono l'andamento dei concorsi per la magistratura, ho appreso che negli ultimi concorsi per uditori non è stato possibile trovare neanche il numero di candidati idonei che occorreva per coprire i duecento posti messi a concorso. In tale situazione, dove si troverebbero i concorrenti idonei, se i posti da coprire invece di duecento fossero seimila?

Questa domanda, a voler essere sinceri, ci porterebbe a cercare la risposta in un campo più vasto: cioè nel campo degli studi universitari e della preparazione professionale. Le Università che ogni anno rovesciano sul mercato professionale un numero quantitativa-

mente eccessivo di laureati in legge destinati ad accrescere la folla dei disoccupati, non riescono a formare ogni anno quel numero minimo di giovani *qualitativamente* preparati che basterebbero almeno a coprire i posti messi a concorso per la Magistratura.

Ma questo problema, che coinvolge tutto l'ordinamento dell'istruzione media e superiore, e forse addirittura le basi stesse della nostra società, ci porterebbe troppo lontano.

Senza affrontare qui problemi sociali di portata così vasta, il problema della deficienza numerica dei magistrati si potrebbe tentare di risolverlo, nel limitato àmbito del processo, in un altro modo: invece di aumentare il numero dei magistrati, cercare di impiegare meglio, senza inutile dispendio di forze, quelli esistenti.

A mio parere, il dispendio di forze si potrebbe notevolmente ridurre, disciplinando la composizione e l'impiego degli organi collegiali. È proprio necessario che le Sezioni Unite della Cassazione siano formate da quindici componenti, e così le Sezioni della Cassazione siano composte da sette consiglieri, e le Corti d'appello da cinque?

Noi avvocati ignoriamo come funzioni, in realtà, nella sua segretezza, la camera di consiglio: e vorremmo discretamente chiedere ai magistrati che ne hanno giornaliera esperienza, se la presenza di quindici consiglieri, o anche soltanto di sette, giovi veramente, in maniera efficace e pratica, alla bontà della decisione.

La camera di consiglio, nei collegi così numerosi, è veramente una garanzia di giustizia, oppure è soltanto una cerimonia teatrale, che in realtà lascia arbitri della decisione il presidente e il giudice relatore?

Pongo queste domande, perchè penso che se si potesse, anche da noi, riducendo il numero dei componenti il collegio, nelle magistrature superiori, adottare dinanzi ai tribunali il sistema del giudice unico, tutte le discussioni che si fanno oggi sulla utilità del giudice istruttore e sulla distribuzione delle funzioni processuali tra esso e il collegio, cadrebbero nel nulla.

Già fu fatto più di quarant'anni fa, per iniziativa del Guardasigilli Finocchiaro Aprile, un esperimento di giudice unico nei tribunali; ma la riforma rimase in vita per pochi mesi e cadde quasi subito, per la violenta opposizione degli avvocati.

Quali le ragioni di questa ostilità? Sono numerosi gli ordinamenti processuali di altri Stati in cui il sistema del giudice unico in primo grado funziona egregiamente: basti ricordare l'Inghilterra. Ma quando si citano questi esempî, subito si sente obiettare che per il buon funzionamento del giudice unico occorre una educazione e una fiducia che in Italia non abbiamo. Questa è una obiezione scoraggiante, che, ogni volta che me la sento fare, mi lascia scoraggiato e quasi avvilito:

è proprio vero che il popolo italiano ha questa specie di tara nazionale di inferiorità, per la quale dovrebbe esser ritenuto fatalmente incapace di raggiungere quel grado di educazione civica che altri popoli, attraverso più lungo esercizio delle libertà democratiche, hanno raggiunto? E non possono le leggi, anche nel campo processuale, contribuire alla formazione di questo costume?

Per le stesse ragioni io mi sento umiliato quando dai critici del codice del 1942 mi sento dire che il suo più grande difetto sarebbe quello di essere stato redatto da teorici ignari della realtà, i quali si sono immaginati che tutti i giudici siano dotti, volenterosi e diligenti, e che tutti gli avvocati siano modelli di preparazione e di lealtà. Questo — dicono — sarebbe un codice che funzionerebbe benissimo se tutti gli uomini, giudici e avvocati, corrispondessero a quel tipo ideale che i redattori si sono proposti. Ma siccome la realtà italiana è molto distante da quel tipo, questo codice non corrisponde alle esigenze della nostra pratica; per la quale bisognava fare, pouttosto, un codice che corrispondesse alle qualità deteriori della media dei giudici e degli avvocati italiani.

Ora un siffatto discorso mi sembra non solo poco consolante, ma anche radicalmente sbagliato. Se le leggi non possono da oggi a domani cambiare di colpo un costume, possono tuttavia contribuire alla sua graduale modificazione, e servire di stimolo alla formazione di un costume nuovo. Tra coloro che hanno parlato prima di me, alcuni, e specialmente l'amico Andrioli, si sono dichiarati convinti della necessità di lasciare in vigore il codice così com'è: perchè lentamente, col tempo, si formerà nella prassi un costume giudiziario corrispondente al sistema processuale oggi vigente. Sono perfettamente d'accordo. Nel funzionamento pratico del processo civile le cose oggi vanno meno male di quanto avveniva cinque anni fa; fra cinque anni andranno meglio di oggi. Il perfetto funzionamento del codice del 1942, il pieno rendimento dei suoi congegni processuali, anche se non lo vediamo noi, lo vedranno i nostri figli e i nostri nipoti.

Questo è il primo punto sul quale io desidererei conoscere la sincera opinione dei magistrati: dato che è non soltanto antieconomico, per ragioni finanziarie, ma anche non consigliabile, per non abbassare sempre più il livello culturale dei magistrati, aumentare il loro numero in proporzione corrispondente alle esigenze del lavoro giudiziario odierno, non si potrebbe utilmente tentare di limitare nei gradi superiori, e di abolire addirittura dinanzi ai tribunali, il sistema, tradizionale da noi, della collegialità?

Il secondo punto sul quale vorrei richiamare la vostra attenzione è quello delle cause di ordine professionale per le quali molti avvocati sono ostili all'istituto del giudice istruttore: se riusciamo ad avere

idee chiare su tali cause, sarà più facile studiare i rimedi. Una di queste cause mi è stata indicata con grande chiarezza e sincerità da un collega anziano ed autorevolissimo, che mi dispiace di non vedere presente fra noi. Quando egli cominciò a fare l'avvocato, una quarantina d'anni fa, era in vigore il codice del 1865 modificato dalla legge sul procedimento sommario del 1901. « Con quel codice — mi diceva francamente quel collega — io potevo fare tranquillamente l'avvocato rimanendo nel mio studio a ricevere i clienti e a studiare le cause. Le udienze servivano soltanto per scambiare le comparse e per chiedere i rinvii, e per questo ufficio così modesto non c'era bisogno di scomodare l'avvocato: a chiedere i rinvii si mandava un praticante o addirittura il commesso di studio. Oggi, invece, coll'importanza spesso decisiva assunta dall'udienza istruttoria, l'avvocato coscienzioso sente il dovere di andare in persona davanti al giudice istruttore; e quando le cause pendenti in istruttoria sono molte, la vita dell'avvocato diventa scomoda ».

Certo, col procedimento scritto di quei tempi, la professione dell'avvocato civilista era più regolare e più tranquilla. Non credo di fare offesa ai colleghi avvocati se penso che molti di essi, specialmente i più anziani, abituati ad una procedura che permetteva di trattar le cause senza muoversi dal proprio studio (in udienza si andava soltanto nei casi assai rari di discussione orale davanti al collegio), siano portati inconsciamente a non apprezzare il sistema del codice vigente, proprio perchè esso non corrisponde alle abitudini di lavoro che essi si erano formate sotto il codice precedente. Se l'udienza istruttoria si dovesse sempre svolgere in quella forma immediata ed orale che il codice vigente si era proposto di introdurre (e alla quale la riforma del 1950 ha in gran parte rinunciato), bisognerebbe che gli avvocati si abituassero a un modo di lavoro professionale diverso da quello al quale erano assuefatti. I colleghi qui presenti, specialmente i più anziani, facciano l'esame di coscienza e mi dicano se questo motivo psicologico della minor comodità professionale non sia entrato talvolta tra le ragioni della loro ostilità al nuovo codice.

Ma in questa prevenzione di una parte degli avvocati contro il codice vigente vi è — come esattamente ha rilevato il collega Andrioli — anche una ragione di carattere più generale, che tocca la nozione stessa del processo e i fini della giustizia civile. Si tratta dell'urto tra due concezioni del processo civile, quella privatistica e quella pubblicistica.

Nella concezione privatistica, che taluno continua a ritenere preferibile, il giudice ha la posizione dell'arbitro di una partita sportiva. Le parti si scambiano i colpi e quando il giuoco è terminato il giudice calcola i punti e segna i risultati.

Il codice del 1942, pur non potendosi considerare come un codice interamente chiovendiano (perchè vi manca la integrale attuazione del principio di oralità, secondo il quale tutte le prove dovrebbero essere assunte, come nel dibattimento penale, dinanzi al collegio), si ispira tuttavia alla concezione pubblicistica, per la quale anche il processo civile persegue uno scopo di pubblico interesse. Tale concezione pubblicistica ha il suo organo nel giudice istruttore: se non si vuole distruggere la sua stessa ragion d'essere, la funzione del giudice istruttore non può essere quella di assistere passivo allo scambio delle scritture, lasciando che le parti vuotino come meglio credono il loro sacco, o scoprano, come altri preferisce che si dica, le loro batterie, per poi intervenire all'ultimo momento, per niente altro che per prendere in consegna i fascicoli. Il giudice istruttore, se deve rispondere allo scopo per cui fu istituito, deve essere uno stimolatore delle parti, un ricercatore attivo della verità, anche quando le parti non sanno o non vogliono scoprirla. La funzione che il codice ha voluto dare al giudice istruttore (che può piacere e può non piacere, questa è un'altra questione) è stata questa: che egli, quando le parti si presentano dinanzi a lui dopo lo scambio preliminare delle scritture preparatorie (atto di citazione e comparsa di risposta), si adopri, non solo attraverso lo studio di queste scritture, ma soprattutto attraverso il contatto diretto con le parti, a mettere in luce quali sono le questioni essenziali della causa. Ufficio tipico del giudice istruttore è dunque quello di prendere parte attiva al dibattito, semplificandone il corso, invitando le parti a scoprirsi e cercando di superare gli schermi dialettici con i quali arrivare a trovare quel nocciolo centrale a cui quasi sempre una causa, sfrondata di tutte le divagazioni polemiche, si può ridurre.

Non dico, con ciò, che il sistema preferibile sia questo: può darsi che abbiano ragione coloro che, rimasti fedeli alla concezione privatistica, continuano a dire che la istruzione della causa è una faccenda di interesse privato delle parti, e che al giudice nel processo civile deve essere riservata la posizione di uno spettatore.

Ma dico che, se si vuol lasciare in vita il giudice istruttore con una funzione utile, se si vuole che esso continui ad avere un senso, non si può abbandonare la fase istruttoria alle parti, lasciate libere di scambiarsi di rinvio in rinvio le difese scritte, e riservare al giudice istruttore il compito puramente formale di arrivare a cose fatte, quando ormai non gli resta che prendere atto delle conclusioni e rimettere la causa al collegio.

E qui vorrei terminare con un'ultima osservazione. Vi ho detto che tra i motivi psicologici della ostilità di certi avvocati all'istituto del giudice istruttore può esservi inconsapevolmente un certo deside-

rio di maggior comodità personale. Ma non vorrei che lo stesso desiderio di comodità vi fosse da parte dei giudici istruttori.

Vi faccio un esempio pratico: mi è capitato talvolta, partecipando a una udienza istruttoria, di trovare il giudice istruttore, seduto al suo tavolino, attorniato e quasi soffocato da venti o trenta difensori che si pigiavano per trattare tutti in una volta le loro cause: e il giudice lasciava fare e non protestava, permettendo che gli avvocati sbrigassero i loro affari col cancelliere o addirittura redigessero tra di loro il verbale. Questo è uno spettacolo indecoroso: quel povero giudice, schiacciato dalla ressa dei patrocinatori, fa pena. Ma mi sono spesso domandato se la colpa di questo spettacolo non sia proprio del giudice, il quale non sa avere l'autorità che occorrerebbe per far uscire dalla sua stanza quei postulanti indiscreti, e per avvertirli una volta per sempre che le cause si trattano una alla volta e che per ogni causa possono entrare nella stanza del giudice soltanto i difensori di quel processo.

L'amico Andrioli ha detto giustamente che spesso il cattivo funzionamento della fase istruttoria dipende da quello che egli ha chiamato *timidezza* del giudice istruttore. Può essere timidezza, ma potrebbe essere anche pigrizia: a trattare dieci cause tutte insieme, lasciando che i difensori facciano il loro comodo, ci vuol meno tempo e meno impegno che a trattarle una alla volta, dedicando a ciascuna il tempo occorrente per prestare attenzione alle ragioni dei patroni e per dirigere le loro richieste.

Qualche avvocato si lamenta del giudice istruttore, perchè lo considera come espressione di un eccessivo autoritarismo. La realtà è che molti giudici istruttori, o per timidezza o per comodità, non si servono neanche dei poteri che hanno: se avessero il coraggio di servirsene, il processo funzionerebbe meglio di quanto oggi funzioni. Se il giudice istruttore fosse meno disposto a concedere rinvii ad altra udienza, o termini per la presentazione di memorie scritte, a poco a poco i difensori si abituerebbero a considerare la udienza istruttoria non come un luogo di ritrovo per scambiarsi le difese scritte, com'era l'udienza presidenziale nel procedimento sommario, ma come il centro vivo del dibattito, l'occasione più propizia per esporre a viva voce le loro ragioni, seduti intorno al tavolino dell'istruttore, e sotto la sua direzione.

La conclusione di queste mie osservazioni vuole essere ancora una volta un richiamo alla sincerità e alla chiarezza di idee. Chi è contrario a questa funzione attiva e stimolatrice del giudice istruttore, chi lo vorrebbe ridurre ad un semplice organo di trasmissione tra le parti e il collegio, dovrebbe per coerenza sostenere senz'altro la sua abolizione. Nelle difese del giudice istruttore che ho sentito fare finora, ho

avvertito spesso la tendenza a conservare il nome ma non la sostanza: se si deve togliere al giudice istruttore ogni potere di iniziativa e di direzione, meglio vale sopprimerlo e tornare all'antico sistema delle sentenze interlocutorie collegiali e del giudice relatore nominato volta per volta dal collegio per ogni prova ammessa.

Per me, sono contrario a questo ritorno: ma di fronte a certe proposte che, pur mantenendo il nome al giudice istruttore, vorrebbero però ridurlo a un passivo registratore della attività istruttoria riservata in realtà alle parti, credo che meglio varrebbe stabilire che fino da principio tutte le cause vadano al collegio, escludendo dalla fase istruttoria qualsiasi ingerenza giudiziaria.

Con questo si tornerebbe indietro di cento anni, alla istruzione di parte del vecchio procedimento formale; ma sarebbe una soluzione sincera. Diversamente si rischia di contentarsi delle parole, senza darsi pensiero della sostanza.